الجلد الثاني من حلية العلماء لأبي بكر الشاشي

جلد ثاني من حلية العلماء

٣٤

١٩

حلد

٢

١٧ فقه

١١٢٩

١٧ فقه

١١٢٩

الجزء الثاني من كتاب المستظهري

تأليف الشيخ الإمام العالم العامل الورع

الزاهد القدوة المحقق المعروف بأبي بكر الشاشي

ويسمى حلية العلماء

في اختلاف المذاهب

عدد كراريسه ستة وعشرين

قد وقف هذه النسخة الجليلة سلطاننا الأعظم والخاقان المعظم مالك البرين والبحرين

خادم الحرمين الشريفين السلطان ابن السلطان السلطان الغازي

محمود خان وقفا صحيحا شرعيا لمن طالع واستفاد وعلم واعتمد حرره الفقير

أعظم الله تعالى أجره يوم الحشر

أحمد شيخ زاده المفتش بأوقاف

الحرمين الشريفين غفر لهما

كتاب القراض

لا تصح المضاربة الا على مال معلوم الصفة والقدر فان دفع اليه كيسين في
واحد منهما الف درهم وقال قارضتك على احدهما واودعتك الاخر لم يصح القراض
في احد الوجهين وفي الثاني يصح فان كان له عنده الف درهم مغصوبة فقال
قارضتك عليها صح القراض في اصح الوجهين وهل يبرا من الضمان فيه
ثلثة اوجه احدها يبرا والثاني لا يبرا والثالث انه اذا تصرف بري من الضمان
ولا يصح القراض الا على الاثمان وهي الدراهم والدنانير ولا يصح على ما
سواهما من السبايك والنقار والعروض وبه قال مالك وابو حنيفة
وقال الاوزاعي وابن ابي ليلى تجوز المضاربة على الفلوس وبه قال ابي
حنيفة وابو يوسف وقال محمد يصح استحسانا ولا يصح القراض على
الدراهم المغشوشة وقال ابو حنيفة اذا لم يكن الغش اكثر صحت المضاربة
فان دفع اليه ثوبا وقال له بعه فاذا نض ثمنه فقد قارضتك عليه لم يصح
وقال ابو حنيفة يصح فاذا باعه وقبض ثمنه صار قراضا فان قال قارضتك
على هذه الالف على ان يكون الربح بيننا ففيه وجهان اصحهما
انه يصح والثاني انه لا يصح فان قال رب المال قارضتك على ان ثلث الربح
لي ففيه وجهان اصحهما انه لا يصح فان قال قارضتك على ان نصف
الربح لك ففيه وجهان اصحهما انه يصح فان قال قارضتك على ان الربح
كله لي او كله لك بطل القراض وكان الربح كله لرب المال وعليه
اجرة المثل للعامل وبه قال ابو حنيفة الا انه قال اذا قال على ان يكون

الربح كله لي يكون بضاعة وقال مالك يكون قراضا صحيحا ويكون الربح
لمن شرط له فان قال قارضتك ولم يذكر الربح فهو قراض فاسد
وحكي عن ابي العباس بن سريج انه قراض صحيح ويكون الربح بينهما نصفين وهذا
فاسد فان قال قارضتك على ان يكون لك في الربح شركة او شرك لم يصح وحكي
عن محمد بن الحسن انه قال لك شركة صح وكان له النصف واذا قال شرك
لم يصح وقال اصحاب مالك يصح ويكون له مضاربة المثل ولا يجوز تعليق القراض
على شرط مستقبل ولا يجوز الى مدة معلومة على ان لا يبيع بعدها
لم يصح وان شرط ان لا يشتري بعدها صح وقال ابو حنيفة شرط المدة لا يمنع
صحة المضاربة وعلى العامل ان يتولى ما جرت العادة ان يتولاه فان سرق
المال او غصب فهل له ان يخاصم فيه فيه وجهان احدهما له ان يخاصم وهو
قول ابي العباس والثاني ليس له وهو قول الاكثرين ولا يجوز للعامل ان
يقارض غيره بغير اذن رب المال فان قارضه رب المال على النصف وقارض
اخر بالنصف واشترى الثاني في الذمة ونقد الثمن من مال القراض
وربح بني على القولين في الغاصب اذا اشترى في الذمة ونقد فيه المال المغصوب
وربح فان قلنا بقوله القديم ان الربح لرب المال فقد قال المزني رحمه الله هاهنا
ان لرب المال نصف الربح والنصف الاخر بين العاملين نصفين قال ابو اسحق
بظاهره وقال غيره من اصحابنا يرجع العامل الثاني على العامل الاول بنصف
اجرة مثله وان قلنا بقوله الجديد في الغاصب فقد قال المزني رحمه الله الربح
كله للعامل الاول والعامل الثاني اجرة المثل فمن اصحابنا من غلطه في ذلك

وقال الربح كله للعامل [illegible] الثاني ومنهم من صوبه فيما قاله وحمل كلامه على ظاهره
فان اذن له في التجارة في البز جاز ان يتجر في اصناف البز من المنسوج من القطن
والكتان والابريسم وما يلبس من الاصواف ولا يتجر في البسط والفرش
وهل يجوز ان يتجر في الاكسية البركانية فيه وجهان فان اشترى
العامل من يعتق على رب المال باذنه صح وعتق عليه وهل يكون
ابتياعه داخلا في عقد القراض فيه وجهان اصحهما انه لا يكون داخلا
فيه اختاره صاحب الحاوي فيكون للعامل اجرة مثله على ابتياعه كان فيه
فضل او لم يكن والوجه الثاني وهو اختيار الشيخ ابي حامد انه داخل في عقد
القراض فيكون للعامل على رب المال بقدر حصته من الربح اذا كان فيه
فضل فان كان رب المال امراة فاشترى العامل زوجها بغير اذنها فهل
يصح فيه وجهان اظهرهما انه لا يلزمها والثاني يلزمها وهو قول ابي حنيفة
ولا يسافر بالمال من غير اذن رب المال وقال مالك يجوز له السفر به وهو
قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف يجوز ان يسافر به الى موضع يمكنه الرجوع منه
قبل الليل قال محمد بن الحسن يجوز ان يسافر به الى موضع لا يلزمه اليه مؤنة
وان اذن له في السفر به فقد قال في موضع له ان ينفق من مال القراض وقال
في موضع لا نفقة له فمن قال لا نفقة له في مال القراض والثاني له النفقة
فيه وهو قول مالك فعلى هذا في قدر النفقة وجهان احدهما انه يجب
فيه جميع نفقته والثاني انه يستحق في مال القراض ما زاد على نفقة الحضر
وهو الاصح وهو قول مالك فان دفع الى رجل الف درهم قراضا وقال اعمل

عليها وربحها لكم بيع القراض وحكي عن ابي حنيفة وابي ثور انهما قالا يقع
ويصير كانه قال نصف الربح لي ونصفه لك فان قارضه على مال معلوم ودفع
اليه مالا اخر يكون بضاعة في يده من غير شرط جاز وقال مالك لا يجوز
فان اشترى نسيئة بغير اذن رب المال للمضاربة وذكر رب المال ففيه
وجهان احدهما ان العقد باطل والثاني انه يلزم للعامل فان ظهر في المال
ربح ملك العامل نصيبه من الربح بالظهور على اظهر القولين وهو قول
ابي حنيفة واختيار المزني والثاني انه لا يملك الا بالمفاصلة والقسمة وهو
قول مالك فان اشترى العامل من يعتق عليه ولم يكن في المال ربح صح
الشرا للمضاربة فان ظهر فيه ربح بعد ذلك وقلنا انه يملك حصته بالظهور
فهل يعتق عليه حصته فيه وجهان وان كان في المال ربح فاشترى من يعتق
عليه فان قلنا انه يعتق حصته لم يصح الشرا وان قلنا لا يعتق عليه صح فان دفع اليه
الفا مضاربة فاشترى عبدا في الذمة للمضاربة فتلفت الالف قبل ان ينقدها
في الثمن انفسخ القراض وفي الثمن وجهان احدهما انه على رب المال والثاني
انه على العامل قال الشيخ ابو نصر رحمه الله واختلف اصحابنا في هذه
المسالة على طريقين فمنهم من قال انما اراد الشافعي رحمه الله اذا كانت الالف
قد تلفت قبل الشرا فاما اذا تلفت بعد الشرا فالسلعة لرب المال
وعليه ثمنها واختلف هولا في راس مال القراض فمنهم من قال الالف
الاولة والثانية يكون راس المال ومنهم من قال الثانية هي راس المال
ومنهم من قال الشرا يقع للعامل سوا تلفت الالف قبل الشرا او بعده

وحمل كلام الشافعي رحمه الله على عمومه وحكى عن ابي حنيفه ومحمد انهما
قالا يكون الشراء لرب المال ويدفع الفا اخرى تكون مضافة الى الاولة
يكونان راس المال وحكى اصحابنا عن مالك انه قال رب المال بالخيار بين ان
يدفع الفا اخرى تكون هي راس المال دون الاولة وان لم يدفع تكون
للعامل فان دفع اليه الفين فاشترى بهما عبدين ثم تلف احدهما ففيه
وجهان احدهما انه يتلف من راس المال وينفسخ فيه القراض والثاني
انه يتلف من الربح فان قارضه رجلان على مالين فاشترى لكل واحد
منهما جارية ثم اشكلت عليه ففيه قولان احدهما انهما يباعان فان حصل
فيهما خسران ضمنه العامل والثاني ان الجاريتين للعامل وعليه قيمتهما
فان قارضه على ان لا يشتري الا من فلان لم يصح القراض ولا يصح حتى
يعلقه على صنف يعم التجارة فيه في المواضع ويحكي القاضي ابو الطيب
رحمه الله عن الماسرجسي انه قال اذا كان هناك بيع يخطب اليه الامتعة
ولا ينقطع عنه في العادة جاز ان يعينه وبقولنا قال مالك وقال ابو حنيفه
يجوز ان يعين رجلا يشتري منه او سلعة يعينها فان شرط ان لا يشتري
الا نوعا عينه وذلك النوع يوجد في بعض السنة دون بعض جاز ومن
اصحابنا من قال لا يجوز والاول اصح وهو قول ابي اسحق فان اذن له ان يتصرف
في الطعام لم يتجر في الدقيق وقال محمد بن الحسن يجوز ان يتجر في الدقيق
فان اذن له ان يتجر في الثمار مع وجودها صح فان انقطعت فهل يبطل
القراض فيه وجهان فان فسخ عقد المضاربة والمال متاع وطلب العامل

البيع وامتنع رب المال وقال انا اعطيك حقك من الربح وامتنع العامل
وقلنا انه لا يملك حصته بالظهور ففيه وجهان بناء على القولين في العبد
الجاني اذا امتنع المولى من بيعه وضمن المجني عليه قيمته احدهما انه لا يجبر على
بيعه والثاني انه يجبر وان قال العامل انا قد تركت نصيبي من الربح ولا اريد
البيع وقال رب المال لابد من البيع وقلنا ان العامل لا يملك نصيبه بالظهور
ففيه وجهان احدهما انه لا يجبر على بيعه والثاني انه يجبر فان تراضيا
على ان يتحاسبا والمال غائب ففيه وجهان احدهما انه يجوز فان كان المال
قد صار دينا فعلى العامل ان يقتضيه وقال ابو حنيفه ان كان في المال
ربح فعليه ان يقتضيه وان لم يكن فيه ربح فليس عليه ذلك فان مات
رب المال او جن واراد الوارث او الولي ان يعقد القراض على المال وهو
عروض لم يجز ذلك في اصح الوجهين والثاني يجوز وهو قول ابي اسحق فان
فسد القراض فهل يجب للعامل اجرة المثل اذا كان قد رضي بغير اجرة
بان يكون قد شرط ان الربح كله لرب المال فيه وجهان احدهما انه لا
يستحق الاجرة وهو قول المزني والثاني انه يستحق وهو قول ابي
العباس بن سريج وحكى اصحابنا عن مالك انه ان كان في المال ربح استحق
الاجرة وان لم يكن فيه ربح لم يستحق وحكى اصحابه عنه ان الظاهر من
ما روي عنه ان له ما يقارض به مثله فان كان له عليه دين فقال له اقبض ما لي
عليك من الدين فعزل ذلك فقارضه عليه لم يصح القراض فان اشترى
العامل شيئا في ذمته ونقد ما عزله فيه وربح ففيه وجهان احدهما ان ما

لشتراه مع الربح لرب المال وللعامل اجرة المثل والثاني ان الذي اشتراه
مع ربحه له لا اجر لرب المال فيه ويجوز ان تقارض الرجل رجلين على مال
ويتفاضل احدهما على الاخر فيه فان قارض اثنان واحدا جاز فكان بمنزلة العقدين
فان شرط احدهما له النصف من الربح وشرط الاخر له الثلث على ان يكون
الباقي من الربح بينهما نصفين لم يجز وحكي عن ابي حنيفة وابي ثور انه يجوز
ذلك فان قارضه على ان يكون الربح اثلاثا ثلثه له وثلثه للعامل وثلثه
لغلام رب المال يعمل معه فمن اصحابنا من قال لا يصح وقال ابو اسحق وابو
العباس يصح ولا يجوز للعامل ان يبيع الخمر ولا ان يشتري الخمر مسلما
كان او نصرانيا وقال ابو حنيفة اذا كان العامل نصرانيا فباع الخمر او اشتراها
صح ذلك وقال ابو يوسف ومحمد يصح منه الشرا ولا يصح البيع فان جنى على
عبد في مال القراض جناية توجب القصاص وفي المال ربح فعفا العامل
عن الجاني فهل يصح ذلك فيه وجهان بنا على ان العامل شريك او وكيل
فان قيل انه شريك نفذ وان قيل انه وكيل لم ينفذ ذكره في الحاوي
فان دفع اليه الفين وقال اضف اليها الف اخرى من عندك يكون
الفان منها شركة والف قد قارضتك عليها بالنصف جاز وقال
اصحاب مالك لا يجوز ان يضم الى مال القراض شركة ولا يجوز ان يكون الرجل
عاملا في المضاربة لرجل عاملا في المضاربة لرجل ثم يضاربه اخر وقال
احمد لا يجوز اذا كان فيه ضرر على الاول فان دفع اليه الفا قراضا على ان له نصف
ربحها جاز وان قال ربح نصفها لم يجز وقال ابو ثور يجوز به وقال ابو حنيفة

فان قال العامل في المال ربح ثم رجع وقال لا ربح فيه وانما اقررت بذلك ليبقي
المال من يدي ورب المال يعلم ذلك فانكر رب المال العلم بذلك فطلب يمينه فهل
تحلف فيه وجهان احدهما تحلف وهو قول ابي العباس وابي علي بن خيران والثاني
لا تحلف وهو قول ابي اسحق اذا ادعى العامل رد المال على رب المال فهل يقبل قوله
فيه وجهان فان اختلف العامل ورب المال في قدر ما شرط له من الربح تحالفا
وقال ابو حنيفة القول قول رب المال وان اختلفا في قدر راس المال وفي المال
ربح ففيه وجهان احدهما ان القول قول العامل كما لو لم يكن فيه ربح والثاني
انهما يتحالفان والاول اصح عن ابي حنيفة روايتان احدهما ان القول قول
العامل وهو قول محمد والثانية ان القول قول رب المال وهو قول زفر فان
اشترى عبدا فقال رب المال اشتريته لنفسك وقال العامل اشتريته
للقراض فالقول قول العامل فان اقام رب المال بينة انه اشتراه بمال القراض
سمعت وحكم بها في احد الوجهين وهو قول ابي علي بن ابي هريرة والثاني
لا يحكم بها وهو اختيار القاضي ابي الحسن الماوردي وذكر انه الاصح

باب العبد المأذون

اذا راى السيد عبده لم يصر ماذونا له في التجارة وقال ابو حنيفة يصير
ماذونا له في التجارة فان اشترى شيئا في الذمة فقد قال ابو اسحق وابو سعيد
لا يصح بغير اذن مولاه وقال ابو علي بن ابي هريرة يصح فان لم يعلم البائع برق
العبد فاراد الفسخ لتاخر حقه فهل له ذلك فيه وجهان احدهما له ذلك
ويسترجعه من يد المولى والثاني ليس له ذلك ولا يملك التجارة الا فيما اذن

فيه فان اذن له التجارة في نوع لم يصر ماذونا في غيره وقال ابو حنيفة يصير
ماذونا له في كل نوع ولا يملك بالاذن في التجارة اجارة نفسه وقال
ابو حنيفة يملك ذلك ومن اصحابنا من قال يملك اجارة ما يشتريه للتجارة
فان اشترى من يعتق على مولاه بغير اذنه لم يصح في اصح القولين ويصح في الثاني
فعلى هذا ان لم يكن عليه دين عتق وان كان عليه دين ففيه قولان
وان ملك المولى مملوكه مالا فهل يملكه فيه قولان احدهما انه يملك
وهو قول مالك والثاني لا يملك وهو قوله الجديد وهو قول ابي حنيفة فان
وهب لعبده جارية وسلمها اليه جاز له وطيها على قوله القديم ولم يجز
في قوله الجديد وان وجبت عليه كفارة يمين كفر بالاطعام والكسوة على
قوله القديم ويكفر بالصوم على قوله الجديد ولا يكفر بالعتق على القولين
جميعا واقرار العبد بما يوجب القود مقبول وللمقر له استيفاؤه وبه
قال ابو حنيفة ومالك وقال زفر والمزني وداود وابن جرير ومحمد بن الحسن
لا يقبل اقراره وقال احمد اقراره فيما دون النفس يقبل وفي النفس لا يقبل
فان عفا الولي عن القود على مال وقلنا الواجب احد امرين كان في وجوب
الدية وجهان بناء على القولين في المسروق اذا اقر العبد بسرقته هل يقبل
قوله في وجوب رده احد القولين يتعلق برقبته والثاني انه تعلق بذمته
فان ابق الماذون له في التجارة لم يبطل الاذن وقال ابو حنيفة يبطل الاذن
ولا يجوز للماذون له في التجارة ان يتخذ دعوة بغير اذن مولاه ولا ان يهب شيئا
وقال ابو حنيفة يجوز له ذلك فان ركب الماذون له في التجارة ديون

وعجز ما في يده عن قضائها تعلق بذمته يتبع بها اذا اعتق وقال ابو حنيفة
يتعلق برقبته يباع فيها وقال احمد يتعلق بذمة المولى

كتاب المساقاة

يجوز المساقاة على الكرم والنخل وبه قال احمد واسحق وابو ثور وابو يوسف
ومحمد وقال ابو حنيفة وزفر لا يصح وقال داود لا يصح المساقاة على غير النخل
وما عدا الكرم والنخل من الاشجار المثمرة في جواز المساقاة عليها قولان
قال في القديم يجوز وبه قال مالك وابو يوسف ومحمد وقال في الجديد لا يجوز
فاما المقاثي والمباطخ والباذنجان فلا يجوز المساقاة عليها قولا واحدا
وحكي عن مالك جواز المساقاة عليها قبل بدو صلاحها وهل يجوز على ثمرة
ظاهرة فيه قولان قال في الام يجوز وهو قول مالك وقال في البويطي لا
يجوز وحكي عن المزني رحمه الله انه قال ان كان قبل بدو الصلاح وان كان بعده
لم يجز وقال ابو ثور ان احتاجت الى القيام عليها حتى تطيب جاز وان
لم تحتج لم يجز وقال ابو يوسف ان كانت تزيد جاز وان لم تزد لم يجز قال
قال القاضي ابو الحسن الماوردي الاصح عندي على مذهب الشافعي رحمه
الله بطلان المساقاة عليها ولا يجوز المساقاة الا على شجرة معلومة فان
ساقاه على حايط لم يره ففيه طريقان احدهما انه على القولين في البيع والثاني
انه لا يصح قولا واحدا ولا يجوز المساقاة الا على مدة معلومة يوجد فيها الثمرة
وحكي بعض اصحاب الحديث انها تصح من غير توقيت وقال ابو ثور ان لم
يعقد المدة صحت في سنة واحدة فان قال عاملتك على الشطر من ثمرها

فقد حكي في الحاوي وجهين اصحهما انه يصح فان ساقاه على النخل او الودي الى مدة
لا تحمل فيها لم يصح فان عمل لم يستحق الاجرة في قول المزني ويستحق في قول
ابي العباس وان ساقاه الى مدة قد تحمل فيها وقد لا تحمل صح في احد الوجهين
واختلف قول الشافعي رحمه الله في اكثر مدة الاجارة والمساقاة فقال
في موضع ما شا وقال في موضع يجوز الى ثلثين سنة فمن اصحابنا من قال فيه
ثلثة اقوال اصحها انه يجوز ما يبقى العين اليه والثاني يجوز سنة
والثالث ثلثين سنة ومنهم من قال انها على القولين وذكر الثلثين
على سبيل التقريب فان عقد على سنتين ففيه قولان احدهما انه يجب
بيان قسط كل واحدة منهما والثاني لا يجب ومن اصحابنا من قال القولان
في الاجارة فاما المساقاة فيجب فيها ذكر قسط كل سنة من
الثمرة فان ساقاه عشر سنين وشرط له نصف ثمرة السنة العاشرة
ففيه وجهان احدهما يصح والثاني لا يصح كما لو شرط له ذلك من سنة
قبل العاشرة ذكره في الحاوي وهل يثبت فيه خيار المجلس فيه
وجهان وعلى العامل ان يعمل ما فيه مستزاد في الثمرة من التلقيح وصرف
الجريد واصلاح الاجاجين وتنقية السواقي والسقي وقطع الحشايش
المضرة بالنخل وذكر في الحاوي في النخل الذي تشرب بعروقه كنخل
البصرة في قطع الحشايش المضر هل يكون من شرطه ثلثة اوجه احدها
انه يجب على العامل بنفس العقد والثاني انه على رب المال وشروطه على
العامل يبطل العقد والثالث انه يجوز شرطه على العامل ويجوز

على رب المال وان اطلق العقد لم يجب على واحد منهما وعلى صاحب النخل ما
فيه حفظ الاصول من سد الحيطان ونصب الدولاب وشق الانهار فاما الجداد
واللقاط ففيه وجهان احدهما انه لا يلزم العامل والثاني انه يلزمه
فان شرط ان يعمل مع العامل غلمان رب المال فقد نص في المساقاة انه
يجوز فمن اصحابنا من قال لا يجوز ذلك في المساقاة ولا في المضاربة ومنهم
من قال يجوز فيهما ومنهم من قال يجوز في المساقاة دون المضاربة فاذا قلنا
يجوز لم يجز حتى يعرف الغلمان بالروية او بالوصف واما نفقتهم فان شرط
على العامل جاز وان لم يشرط ففي صحة العقد وجهان فان قلنا انه يصح ففي
محل النفقة ثلثة اوجه احدها انها على العامل والثاني انها على رب المال
والثالث انها من الثمرة فاذا ظهرت الثمرة ففي ملكها طريقان احدهما
انها على القولين في الربح في المضاربة والطريق الثاني انه في المساقاة يملك
بالظهور قولا واحدا فان هرب العامل فعمل رب النخل او استاجر من
عمل عنه ولم يقدر على اذن الحاكم واشهد ففيه وجهان احدهما انه يرجع
والثاني لا يرجع فان لم يكن للعامل ما يستاجر به من يعمل مكانه ولم تكن
الثمرة بحيث يمكن بيعها ففيه وجهان احدهما وهو قول ابي علي ابن
ابي هريرة ان الحاكم يساقي عليها الاجل الباقي من العمل رجلا
ياخذ سهمه مشاعا من الثمرة يدفعه اليه من حصة العامل ويعزل
الباقي من حصته والوجه الثاني قال في الحاوي وهو الاصح عندي انه
يقال لرب النخل قد تعذر ما بقي من العمل فلك فسخ العقد فان اراد رب

الثاني دفع يد العامل بدعوى الخيانة فيه وجهان احدهما ان دعواه تسمع مجهوله
والثاني لا يسمع الا معلومة فان ساقا رجلا على نخل على النصف فعمل العامل
واقتسما الثمرة ثم استحق النخل وكانت الثمرة تالفة فاراد تضمين العامل
ففيه وجهان احدهما انه يضمنه الجميع والثاني انه يضمنه النصف

باب المزارعة

لا تجوز المزارعة على بياض لا شجر فيه والمزارعة والمخابرة واحدة وهو
ان يعامله على زراعة الارض على ثلث ما يخرج منها او ربعه وبه قال
مالك وابو حنيفة ومن اصحابنا من قال المزارعة غير المخابرة فالمخابرة
ان يكون من رب الارض الارض ومن الاكار البذر والعمل والمزارعة
ان تكون الارض والبذر من واحد والعمل من اخر وقال ابو يوسف ومحمد
بن الحسن وابن ابي ليلى بجواز هذه المعاملة وروي ذلك عن علي وابن
مسعود رضي الله عنهما وقال احمد اذا كان البذر من صاحب الارض جاز
وتجوز اجارة الارض بالذهب والورق وغيرهما وحكي عن الحسن
وطاوس انهما قالا لا تجوز ذلك وقال مالك لا تجوز اجارة الارض
بالطعام وسواء كان مما ينبت فيها او لا ينبت فاما اذا اكراه ارضا بحنطة
موجودة مشاهدة جزافا فمن اصحابنا من قال تجوز قولا واحدا ومنهم
من يقول فيه قولان كراس المال في السلم اذا كان جزافا فاما اذا كان بين
النخيل بياض لا يمكن سقي النخل الا بسقيه فان كان قليلا جاز ان
يساقيه على النخيل ويزارعه على الارض في عقد واحد فان عقد
المزارعة والمساقاة منفردين ففيه وجهان احدهما لا يصح والثاني يصح
فان ساقاه على النخل وزارعه على الارض وفاضل بينهما في العوض ففيه
وجهان اصحهما انه يجوز فان كان البياض كثيرا والنخيل قليلا ففيه
وجهان احدهما انه يجوز ان يجمع بينهما في عقد واحد والثاني لا يجوز
للعامل ان يزرع البياض بين النخيل من غير اذن المالك وقال مالك
يجوز اذا كان اقل من الثلث

كتاب الاجارة

يجوز عقد الاجارة على المنافع المباحة وهو قول الكافة ويحكى عن عبد
الرحمن الاصم انه قال الاجارة لا تجوز ولا يجوز عقد الاجارة على المنافع
المحرمة فان استاجر بيتا ليتخذه بيت نار او كنيسة او ليبيع فيه الخمر
لم يصح الاجارة وبه قال ابو يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة لا باس
ان يواجر بيتك في السواد ممن يتخذه بيت نار او كنيسة او يبيع فيه الخمر
فمن اصحابنا من قال يجوز اذا شرط ذلك ومنهم من قال اذا شرط لا يجوز
وانما اراد اذا علم المؤجر انه يفعل ذلك ولكنه لم يشترطه فان استاجر
رجلا ليحمل له خمرا من موضع الى موضع لم يصح الاجارة وبه قال ابو يوسف
ومحمد وقال ابو حنيفة يجوز فان استاجر كتابا ليقرا فيه مصحفا كان
او غيره جاز وقال ابو حنيفة لا يجوز فان استاجر موضعا ليتخذه مسجدا
يصلي فيه جاز وبه قال مالك وقال ابو حنيفة لا يصح عقد الاجارة لذلك
وفي استيجار الكلب المعلم وجهان اصحهما انه يجوز والثاني انه لا يجوز
انه يجوز وفي استيجار الفحل للضراب وجهان اصحهما انه لا يجوز وفي استيجار

الدراهم والدنانير لتجميل الدكاكين والاشجار لتجفيف الثياب والاستظلال
وجهان اصحهما انه لا يجوز واذا قلنا تجوز اجارتها فانه يحتاج الى تعيين
جهة الانتفاع بها وقال ابو حنيفة اذا لم يعين جهة الانتفاع بها كانت
قرضا قال الشافعي رحمه الله ولا يجوز تقبيل بركة الحيتان يريد استيجارها
لاخذ الحيتان منها فان استاجر بركة ليحبس فيها السمك ثم
يصطاده فقد قال الشيخ ابو حامد رحمه الله في التعليق لا يجوز وتجوز
اجارة الشبكة قال الشيخ ابو نصر رحمه الله هذا لا معنى له والبركة
كالشبكة واختلفوا في استيجار الكافر العبد المسلم في الاجارة المعينة
فمنهم من قال فيه قولان كالبيع ومنهم من قال يصح قولا واحدا وهل ينعقد
الاجارة بلفظ البيع فيه وجهان وفي استيجار عين لم يرها قولان وتجوز
اجارة المشاع وقال ابو حنيفة لا يجوز وبه قال مالك وابو يوسف ومحمد
فان اكترى ارضا لا ماء لها ولم يذكر انه يكتريها لغير الزراعة ففيه
وجهان احدهما لا يصح والثاني ان الارض ان كانت عالية لا يطمع في سقيها
صح العقد وان كانت مستفلة يطمع في سقيها بسوق الماء اليها من موضع
لم يصح فان اكترى ارضا قد غرقت بالماء للزراعة ينبت في الماء كالحنطة وليس
للماء مغيض وكان يعلم ان الماء ينحسر عنها ويجففه الشمس ففيه وجهان
احدهما لا يصح والثاني انه يصح وهو الاصح فان استاجر رجلا ليعلمه سورة
من القران بنفسه وهو لا يحسنها ففيه وجهان احدهما انه يصح والثاني
لا يصح وقال ابو حنيفة لا يصح اخذ الاجرة على تعليم القران واختلف اصحابنا

فيما يرد عليه عقد الاجارة فحكي عن ابي اسحق انه قال يتناول العين لتستوفى منها
المنفعة وقال اكثر اصحابنا يتناول المنفعة وهو قول ابي حنيفة ومالك
ويملك المستاجر المنفعة بنفس العقد وقال ابو حنيفة تحدث المنافع
على ملك الموجر ويستحق الاجرة بنفس العقد بمطلق العقد وقال ابو
حنيفة تجب الاجرة يوما فيوما وحكي عن مالك انه لا يستحق الا بمضي المدة
وفي استيجار الظهر للحج وجهان اصحهما انه يجوز ان يقدر بالعمل كحج
ارض بعينها ويجوز ان يقدر بالمدة كحج شهر والثاني انه لا يجوز الا تقديره
بالمدة فان قال استاجرتك لتخيط لي هذا الثوب اليوم لم تصح الاجارة وهو
قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد يصح ولا تجوز الاجارة
الا على مدة معلومة الابتدا والانتها فان قال اجرتك هذه الدار كل شهر
بدينار فالاجارة باطلة وقال في الاملا تصح في الشهر الاول دون ما زاد
عليه وبه قال ابو حنيفة واصحابه وابو سعيد الاصطخري والاول اصح وقال
مالك الاجارة صحيحة وكلما مضى شهر استحق الاجرة غير انها لا تكون لازمة
فان اجره سنة شمسية ففيه وجهان احدهما لا يصح والثاني يصح فان
قال اجرتك لتزرع واطلق ففيه وجهان احدهما لا يصح والثاني يصح فان
قال اجرتكها لتغرسها وتزرعها ففيه وجهان احدهما لا يصح وهو قول
المزني وابي العباس وابي اسحق والثاني يصح ويزرع النصف ويغرس النصف
وهو ظاهر النص وهو قول ابي طيب بن سلمة فان استاجر ظهرا للركوب
فلا بد من معرفة جنس المركوب ويصح بالتعيين والوصف فان كان في الجنس

الواحد ما يختلف في السير كالمهملج والقطوف من الخيل ففيه وجهان احدهما انه يفتقر الى ذكره والثاني انه لا يفتقر ويفتقر الى معرفة ما يركب به من سرج وغيره فان كان ما يركب فيه عمارية او محملا ففيه اوجه احدها انه يجوز العقد عليه بالوصف والثاني انه ان كان من المحامل البغدادية الخفاف جاز العقد عليه بالوصف وان كان من الخراسانية الثقال لم يجز الا بالتعيين والثالث وهو المذهب انه لا يجوز الا بالتعيين وقال ابو حنيفة يجوز ان يكون المحمل والغطا مطلقا استحسانا واختلف اصحابنا في المعاليق كالقدر والسطيحة فمنهم من قال لا يجوز حتى يعرف قولا واحدا ومنهم من قال فيه قولان احدهما انه يفتقر الى معرفتهما والثاني انه يجوز اطلاقهما ويحمل على العرف فيهما فان استاجر رجلا ليرعى الماشية فانه يحتاج الى ذكر الجنس الذي يرعاه وفي افتقاره الى ذكر العدد وجهان اظهرهما انه يفتقر الى ذكره والثاني انه يجوز اطلاقه ويحمل على العرف فيما يرعاه الواحد من ذلك الجنس فان استاجر لتعليم عشر ايات من القران من سورة بعينها فهل يفتقر الى تعيين العشرة ففيه وجهان وهل يفتقر الى تعيين الحرف فيه وجهان اظهرهما انه يفتقر في الجميع فان استاجره للحج والعمرة ولم يصح حتى يذكر انه افراد او قران او تمتع وهل يجب تعيين موضع الاحرام قال في الام لا يجوز حتى يعين وقال في الاملا اذا استاجر اجيرا احرم من الميقات فقال ابو اسحق فيه قولان احدهما يجب التعيين والثاني انه يجوز الاطلاق ومن اصحابنا من قال ان كان الاحرام عن حي لم يجز حتى يعين وان كان

عن ميت جاز من غير تعيين ومنهم من قال ان كان للبلد ميقاتان لم يجز حتى يعين وان لم يكن الا ميقات واحد جاز من غير تعيين فان احرم بالحج عن اثنين وقع عن نفسه وكذا ان احرم عن ابويه وقال ابو حنيفة واصحابه ان احرم عن ابويه صح وكان له ان يجعله عن ايهما شا اذا امره اثنان بالحج عنهما فاحرم عن احدهما لا بعينه انعقد احرامه وله ان يصرفه الى من شا منهما قبل التلبس بشي من افعال الحج وبه قال ابو حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يقع عن نفسه فان احرم الاجير بالحج عن غيره ثم افسده فانه يقع عن نفسه وعليه بدنة ويلزمه القضا والمضي في فاسده وقال المزني لا قضا عليه ولا على المستاجر ويمضي فيه عن المستاجر فان احرم الاجير عن غيره ثم احصر وتحلل فانه يقع الحج عن المستاجر كذا ذكر الشيخ ابو حامد وذكر القاضي ابو الطيب انه يقع عن المحصر والدم عليه وهو الاقيس وهل يكون له الاجرة على قولين ويجوز اجارة المنافع بجنسها وغير جنسها وقال ابو حنيفة لا يجوز الا ان يختلف جنس المنفعة فيوجر منفعة دار بمنفعة بهيمة فان اكترا دارا من رجل شهرا لم يجز ان يكريها من غيره قبل انقضايه وقال ابو حنيفة رحمه الله يجوز فان اكراها الشهر الثاني من المكتري فهل يجوز فيه قولان احدهما لا يجوز والثاني يجوز ويجوز للمكتري ان يكون ما اكتراه بمثل ما اكترى به واكثر واقل وقال ابو حنيفة لا يجوز ان يكريها بزيادة الا ان يكون قد احدث فيها عمارة فيطيب له حينيذ الفضل فان اراد ان يكري العين المستاجرة قبضها لم يجز على المشهور

من المذهب وبه قال ابو حنيفة وحكي عن ابي العباس انه قال تجوز فاذا قلنا لا
تجوز ان يكريها قبل القبض فهل تجوز ان يكريها من المكري فيه
وجهان واذا قبض العين جاز له ان يكريها من المكري وغيره وقال ابو
حنيفة لا تجوز ان يكريها من المكري وغيره وقال ابو حنيفة لا تجوز
ان يكريها من المكري فان عقد الاجارة بعوض جزاف مشاهد معين على
منفعة في الذمة ففيه قولان كالسلم وان كانت على منفعة معينة
ففيه طريقان احدهما انه تجوز قولا واحدا والثاني انه على قولين فان
اجره ظهرا على ان يسلمه اليه بعد مدة لم يصح وبه قال ابو حنيفة وقال مالك
ان قل الاجل جاز وان كثر لم تجز فان عقد الاجارة على منفعة موصوفة
في الذمة وجب قبض الاجرة في المجلس ومن اصحابنا من قال ان كان قد عقد
بلفظ السلم وجب قبض الاجرة في المجلس وان كان بلفظ الاجارة لم تجب
فان اكترى ظهرا ليتعاقبا ان علم جاز ذلك وقال المزني رحمه الله لا تجوز
اكترا العقبة الا مضمونة في الذمة واذا عقدت الاجارة على المذهب
مدة لم تجز شرط الخيار فيها وفي ثبوت خيار المجلس وجهان وان كانت
الاجارة على عمل معين ففيه ثلثة اوجه احدها انه لا يثبت فيها واحد من
الخيارين والثاني يثبت فيها الخياران والثالث انه يثبت فيها خيار
المجلس ولا يثبت خيار الشرط وقال ابو حنيفة واحمد تجوز شرط الخيار
فيها وان كانت على منفعة في الذمة ففيه وجهان احدهما انه لا يثبت
فيها الخياران والثاني انه يثبت خيار المجلس دون خيار الشرط واذا تمت

الاجارة لزمت فلا يملك واحد من المتكاريين فسخها من غير عيب وبه قال مالك
والثوري وابو ثور وقال ابو حنيفة تجوز للمكتري فسخ الاجارة لعذر في نفسه
فان اكترى جملا ليحج عليه فمرض فلا يمكنه من الخروج او يكتري دكانا للبز
فيحترق بزه وما اشبه ذلك

باب ما يلزم المتكاريين وما يجوز

اختلف اصحابنا فيما يشد به احد المحملين الى الاخرى فمنهم من قال هو على المكري
ومنهم من قال هو على المكتري اذا امتلا الحش في يد المكتري ففي كسحه
وجهان احدهما انه على المكري وفي الثاني انه على المكتري وفي المستاجرة
على الرضاع وجهان هل يلزمهما حضانة الولد وغسل خرقه وجهان
احدهما يلزمها فان هرب الجمال وترك الجمال على المكتري دفع الامر الى الحاكم
فلم يجد له مالا ينفق عليها فاذن له في الانفاق عليها من ماله قرضا ففيه
قولان فان لم يجد حاكما فاشهد وانفق ففي الرجوع وجهان وكذا اذا
لم يجد من يشهد فانفق وفي رد المستاجر وجهان احدهما يجب على المستاجر
والثاني انه لا يلزمه فان استاجر دارا للسكنى فهل تجوز ان يطرح فيها
ما يسرع اليه الفار من الطعام فيه وجهان اظهرهما انه تجوز فان اكترى
ظهرهما انه تجوز فان اكترى ظهرا في طريق العادة فيه النزول للرواح والمشي
في بعض الطريق ففيه وجهان احدهما يلزمه ذلك والثاني لا يلزمه فان
اكترى ظهرا ليحج عليه جاز ان يركبه الى منا ثم الى عرفة ثم الى المزدلفة ثم
الى منا ثم الى مكة وهل يركبه من مكة عايدا الى منا للمبيت والرمي فيه
وجهان احدهما ان له ذلك والثاني ليس له ذلك وان اكترى جملا ارطال

الزاد فهل له ان يبدل ما ياكله فيه قولان احدهما وهو اختيار المزني ان له

ذلك وان اكترى قميصا ليلبسه لم يجز ان يتزر به وهل يجوز ان يرتدي به فيه

وجهان وان استاجر عينا للمنفعة وشرط لا يستوفي مثلها ولا ما دونها ولا

يستوفيها بمن هو مثله او دونه ففيه ثلثة اوجه احدها ان الاجارة باطلة

والثاني ان الشرط باطل والاجارة جايزة والثالث ان الاجارة جايزة

والشرط لازم فان استاجر عينا للمنفعة فاستوفى اكثر منها وكانت

زيادة لا يتميز كانه استاجرها لزراعة الحنطة فزرعها دخنا فقد قال ابو

اسحق المروزي والمزني هي على قولين احدهما يلزمه اجرة المثل والثاني

انه يلزمه المسمى واجرة مثل الزيادة وقال القاضي المروروذي المسئلة

على قول واحد ان صاحب الارض بالخيار بين ان ياخذ المسمى واجرة مثل الزيادة وبين

ان ياخذ اجرة المثل للجميع وهل يصير ضامنا لرقبة الارض فيه وجهان اصحهما

انه لا يصير ضامنا لها والثاني انه يصير غاصبا لها فان استاجر الارض للزراعة

مدة واراد ان يزرعها ما لا يستحصد في تلك المدة ففيه وجهان احدهما لا تجوز

له ذلك ويمنع من زراعته والثاني انه لا يمنع فان استاجر الارض لزرع مطلق

فزرع وانقضت المدة ولم يستحصد الزرع لشدة بردا وقلة مطر لم تجبر على قلعه

في اصح الوجهين فان كان الزرع لشدة بردا وقلة معينا غير انه لا يستحصد في المدة

وانقضت المدة والزرع قايم والاجارة لم يشرط فيها القلع ولا التبقية لم تجبر

على قلعه في اظهر الوجهين وان استاجر ارضا للغراس مدة ولم يشترط عليه

القلع لم تجبر على القلع فان اختار المكتري ان يقلع قبل انقضاء المدة لزمه

تسوية الحفر في احد الوجهين والثاني انه لا يلزمه وان كان بعد انقضاء المدة لزمه

تسوية الحفر وجها واحدا فان اراد صاحب الارض ان يقلع الغراس ولا يضمن له ما

نقص لم تجبر المكتري على ذلك وقال المزني تجبر وهو قول ابي حنيفة فان

استاجر رجل الحمل عشرة اقفزة من صبرة من البصرة الى الكوفة فكال الجمال

اكثر من عشرة وحملها وطلب صاحب الطعام رد الزيادة على العشرة

الى البصرة وبذل له الجمال مثلها ففيه وجهان احدهما وهو قول ابي اسحق وابي علي

بن ابي هريرة ان القول قول صاحب الطعام لانه كالغاصب والثاني ان القول

قول الجمال فاما اذا كاله المكتري ودفعه الى المكري فحمله على بهيمة وحمله

ففيه وجهان احدهما انه بمنزلة ما لو كاله المكري وحمله على البهيمة والثاني

انه بمنزلة ما لو كاله المكري ووضعه على البهيمة ۵ ⁘ ۵ ⁘ ۵ ⁘ ۵ ⁘

باب ما يوجب فسخ الاجارة ۵

اذا اكترى دار فتشعثت ثبت له الفسخ فان رضي بسكناها ولم يطالب بالاصلاح

لها فهل يلزمه جميع الاجرة ام لا فيه وجهان اظهرهما انه يلزمه جميع الاجرة

فان استاجر عبدا فمات عقيب العقد انفسخت الاجارة وسقطت الاجرة

وقال ابو ثور من اصحابنا لا ينفسخ الاجارة اذا كان قد قبض العبد بل يستقر

جميع الاجرة وان كان قد مضى مدة لمثلها اجرة انفسخ العقد فيما بقي وفيما مضى

طريقان احدهما انه لا ينفسخ قولا واحدا والثاني انه على قولين بنا على الهلاك

الطاري في بعض المبيع واكترى دار فانهدمت فقد قال في الاجارة وقال

(فرع) اذا اكترى ارضاً للزراعة فانقطع ماؤها فالمكتري بالخيار في الفسخ
واختلف اصحابنا فيه على طريقين من حمل المسألتين على قولين ينقل الجوابين وهو
الاصح ومنهم من فرق بينهما فان غصبت العين المستاجرة والمنفعة مقدرة بالمدة
ففيه قولان احدهما ان الاجارة تنفسخ والثاني انها لا تنفسخ ويرجع المستاجر
باجرة المثل على الغاصب وان مات الصبي الذي عقد الاجارة على ارضاعه
فالمنصوص ان الاجارة تنفسخ وخرج فيه قول اخر انها لا تنفسخ فان تراضيا على
صبي اخر ترضعه والا فسخه فان استاجره لقلع ضرسه فسكن الوجع او انقلع
عينه فبرأت عينه انفسخت الاجارة على احد القولين وعلى القول الاخر لا ينفسخ
فان استاجره ليحج عنه فمات بعد الاحرام عنه وقبل ان ياتي بالاركان فهل
يجوز لغيره ان يبني على عمله فيه قولان قال في القديم يجوز وقال في الجديد لا يجوز
وهو الاصح فعلى هذا ان كانت الاجارة على فعل الاجير بطلت وان كانت في
الذمة وكان قبل فوات الوقوف استوجر من مال الموروث من يحرم ويقف
ويتم وان كان بعد فوات الوقوف فان الحج يتاخر الى السنة الثانية فان
اختار المستاجر فسخ الاجارة واسترجاع بعض الاجرة كان له وان اراد اقرارها
استوجر من مال الموروث من يحج عنه فان قلنا بقوله القديم فان كانت الاجارة
معينة فقد فسدت بموته ويتولى ائمامها المستاجر فيستاجر من يتمها فان كان
قبل الوقوف استاجر من يحرم من مكانه ويقف ولا يجب عليه دم وان كان قد مات
بعد الوقوف استوجر من يتم ما بقي وان كانت الاجارة في الذمة فان ورثة الاجير
يتمون النسك وان مات قبل الوقوف استاجروا من يحرم ويقف ويتم وكذا

بعد الوقوف وان كان قد مات وقد فات وقت الوقوف فظاهر قوله في القديم
انه يحرم بالحج فمن اصحابنا من قال يحرم بالحج وقال ابو يوسف اسحق لا يجوز للثاني
ان يحرم بالحج لان الاحرام بالحج في غير اشهر الحج لا ينعقد ولكنه يحرم
بالعمرة ويتم والاول اصح وان مات الاجير او احصر بعد قطع المسافة وقبل
الاحرام ففيه وجهان احدهما وهو قول ابي اسحق انه لا يستحق شيئاً من
الاجرة بناء على قوله في الاملاء ان الاجرة لا تقابل قطع المسافة وهو
الصحيح والثاني وهو قول ابي سعيد الاصطخري وابي بكر الصيرفي
انه يستحق الاجرة بقدر ما عمل من الاجرة افتيا بذلك عام القرامطة
بناء على قوله في الام ان الاجرة تقابل قطع المسافة والعمل وان كان
ذلك بعد الفراغ من الاركان وقبل الرمي والمبيت ففيه طريقان احدهما
انه يلزمه ان يرد من الاجرة بقدر ما ترك قولاً واحداً ومنهم من قال
فيه قولان احدهما انه يلزمه ذلك والثاني انه لا يلزمه ذلك وان كان
بعد الاحرام وقبل الاتيان بالاركان ففيه قولان احدهما انه لا يستحق
شيئاً والثاني انه يستحق بقدر ما عمل وهو الصحيح وهل يسقط على العمل
والمسافة على ما ذكرناه وان اجر عبده ثم اعتقه لم ينفسخ الاجارة وهل
يرجع العبد على مولاه بالاجرة فيه قولان اصحهما وهو قوله الجديد انه لا
يرجع قال في القديم يرجع فعلى هذا تكون نفقته على نفسه وان قلنا
لا يرجع بالاجرة ففي نفقته احدهما انها على المولى والثاني انها في بيت المال
وقال ابو حنيفة يثبت للعبد الخيار ان شاء فسخ الاجارة وان شاء اجازها فان

الاب الصبي او شيا من مال الصبي مدة ثم بلغ الصبي قبل انقضا المدة فهل
تنفسخ الاجارة فيما بقي من اصحابنا من حكي في ذلك وجهين احدهما لا ينفسخ
والثاني تنفسخ ومن اصحابنا من قال ينظر فيما عقد عليه الاب من المدة فان تحقق
انه يبلغ قبل انقضايها بان يكون له اربع عشر سنة فيوجره سنتين فلا
تصح الاجارة في السنة الثانية وفي السنة الاخرى يبني على تفريق
الصفقة فان كانت مدة لا يتحقق بلوغه فيها فبلغ في اثنايها بالاحتلام
لم ينفسخ قال الشيخ ابو نصر رحمه الله وعندي ان القايل الاول انما خرج
القولين فيه اذا كانت المدة لا يتحقق بلوغه قبل مضيها فاما اذا كان تحقق
بلوغه قبل مضيها فلا يلزم الصبي عقد الولي فيها وقال ابو حنيفه يثبت
له الخيار اذا بلغ فان استاجر رجلا ليبيع له ثوبا بعينه صحت الاجارة
وان استاجره ليشتري له ثوبا بعينه قال الشيخ ابو نصر رحمه الله لم تصح الاجارة
عندي وقال ابو حنيفه لا يصح ان يستاجره على بيع شي بعينه وان
اجر عينا ثم باعها من غير المستاجر ففيه قولان احدهما يصح وهو قول
مالك والثاني ان البيع باطل وقال ابو حنيفه يكون موقوفا على اجازة
المستاجر وان باعها من المستاجر صح قولا واحدا وهل تبطل الاجارة
فيه وجهان فان قلنا انها تبطل استرجع من الاجرة بحصته ما بقي من
المدة بعد البيع وقال ابن الحداد المصري ينفسخ الاجارة ولا يرجع بشي وان اجر
الدار من وارثه ثم مات وورثه ففي انفساخ الاجارة وجهان فان قلنا ينفسخ
رجع بالاجرة في تركته وجها واحدا وقال ابن الحداد اذا اجر الدار

من واحد وباعها من اخر وقلنا يصح البيع ثم حدث بها عيب فسخ المستاجر الاجارة
رجعت المنفعة الى صاحب الرقبه ومن اصحابنا من خالفه وقال يرجع الى
البايع وقال القاضي ابو الطيب رحمه الله في شرح الفروع على الوجه
الذي يقول تعود المنفعة الى البايع يجوز ان يبيع عينا ويستثني منفعتها
مدة قال الشيخ ابو نصر رحمه الله وهذا خلاف نص الشافعي رحمه الله مذهب
وقال ابن الحداد اذا استاجر رجل من ابيه دارا ثم مات الاب وله ابنان احدهما
المستاجر انفسخت الاجارة في النصف الذي ورثه ويرجع على اخيه بنصف
اجرة ما انفسخ من حصته وهذا مبني على ما ذهب اليه ومن اصحابنا من قال
لا يرجع على اخيه بشي قال القاضي ابو الطيب رحمه الله في شرح الفروع
الذي ابن الحداد ليس بصحيح فان اجرت المراة نفسها للارضاع ثم تزوجت
لم يكن للزوج فسخ الاجارة ولا منعها من الارضاع حتى تنقضي المدة فان
نام الصبي او تشاغل كان للزوج وطيها وان قال ولي الصبي ان وطي الزوج
يضر بالارضاع لانها قد تحبل فينقطع اللبن لم يكن له منعه منه وقال
مالك ليس له وطيها الا برضاه اذا كان للمراة ولد من زوجها لم يكن
عليها ان ترضعه وان اراد ارضاعه كان له منعها منه فان اراد ان
يستاجرها لارضاعه لم يجز وقال احمد يجوز فان اجرت نفسها للرضاع
بغير اذن الزوج ففيه وجهان فان قلنا يصح فللزوج فسخ استيجارها
للارضاع بطعمها وكسوتها وبه قال ابو يوسف ومحمد وقال ابو حنيفه
يجوز ذلك وقال مالك واحمد يجوز في كل اجير ان يستاجره بطعمه

حنيفة ويكون له ما يكون لمثله من الوسط ولا ينفسخ الاجارة بموت احد
المتكاريين وبه قال مالك واحمد وابو ثور وقال ابو حنيفة والثوري
والليث بن سعد انها ينفسخ بموت كل واحد منهما وان اجره وقفا
ثم مات ففيه وجهان احدهما انها لا تبطل فعلى هذا يرجع البطن الثاني
في تركة الموجر باجرة المدة الباقية والثاني وقفا ثم مات ففيه وجهان
احدهما انها لا تبطل فعلى هذا يرجع البطن الثاني في تركة الموجر باجرة
فان اكترى دابة الى موضع فجاوزه استقر عليه الاجرة ووجب
عليه اجرة المثل للزيادة وقال ابو حنيفة لا اجرة عليه في الزيادة وقال مالك
ان جاوز بها الى مسافة بعيدة فهو بالخيار ان شا طالب بالاجرة المثل وان
شا اخذ قيمتها يوم التعدي فان اكتراها الى واسط فحملها الى البصرة ضمنها
فان ردها الى واسط لم يبر من الضمان وبه قال ابو يوسف وابو حنيفة وقال
محمد وزفر يزول عنه الضمان كما يزول عن المودع فان اكترى كحالا ليكحل
عينه وشرط الكحل عليه بطلت الاجارة وحكى القاضي ابو الطيب رحمه
الله وجها اخر انها تجوز وان اشترى منه الكحل واستاجره للعمل
في عقد واحد من غير شرط فهو بيع واجارة وفيه قولان وحكى اصحاب
مالك انه قال اذا استاجره ليبني له حائطا والاجر من عنده جاز كما لو استاجره
لصبغ ثوب والصبغ من عنده وذكر القاضي ابو الطيب رحمه الله في الصبغ
وجها اخر انه لا يجوز وكذلك الحبر اذا شرطه في حق الوراق فان برات
عينه قبل انقضا مدة الاجارة انفسخت الاجارة فيما بقي فيها وهل

ينفسخ فيما مضى على ما تقدم فان استاجره لقلع سنه الوجع فامتنع المستاجر
من قلعه من غير برء ولم يجبر عليه غير ان الاجير اذا بذل العمل ومكن منه استحق
الاجرة وقال القاضي ابو الطيب رحمه الله في المجرد وعندي انها لا تستقر
عليه حتى لو هدأ السن او انقلع لا تنفسخ الاجارة ووجب رد
الاجرة فان استاجره لخياطة ثوب فقال ان خطته اليوم فلك درهم
وان خطته غدا فلك نصف درهم فالعقد باطل فان خاطه فله اجرة مثله
وبه قال مالك وزفر وقال ابو حنيفة رحمه الله الشرط الاول جائز فان عمل
به فله درهم والشرط الثاني فاسد وله اجرة مثله لا ينقص عن نصف درهم
ولا يزاد على درهم وقال ابو يوسف ومحمد الشرطان جائزان فان قال استاجرتك
لخياطة هذا الثوب فان خطته روميا فلك درهم وان خطته فارسيا فلك
نصف درهم فالاجارة فاسدة وقال ابو حنيفة واصحابه الاجارة صحيحة
فان استاجره لحفر بير عشرة اذرع في عرض معلوم ودور معلوم كل ذراع
بدرهم صح وقال قوم لا يصح فان حفر خمسة اذرع وبقي الباقي ومات فيما
ذا يعتبر ما يستحقه فقد اختلف فيه فمذهب الشافعي رحمه الله انه يقوم
ما حفره وما بقي منه فتقسط الاجرة المسماة على قيمة الجميع فما قابل
المحفور فهو الذي يستحقه وقال ابو حنيفة تضاعف الاذرع المعقود
عليها بعدد مسافتها ثم تقسم الاجرة على ما اجتمع منها فيجعل الذراع الاول
ذراعا واحدا ويجعل الذراع الثاني ذراعين لان نقل التراب يكون من
ذراعين والثالث ثلثة اذرع والرابع اربعة اذرع والخامس خمسة اذرع

من مجموع ذلك فيكون حصته عشر درهما فان كان قد حفر ذراعا استحق درهما
وان كان قد حفر ذراعين استحق درهمين وقال بعض محققي اصحابنا في الفقه
ومجوديهم في الحساب بمذهب بين مذهب الشافعي وابي حنيفة فقال
يقسط الاجرة على الحفر والنقل فما قابل الحفر يقسم على اعداد الاذرع
وما قابل النقل يقسم على ما ينتهي اليه مسافة الاذرع يجوز ان يوجر
حايطه من غيره ليضع عليه اخشابه ويكون معلومه مدة معلومة وقال
ابو حنيفة لا يجوز ويجوز الاستيجار على استيفا القصاص في النفس والطرف
وبه قال مالك وقال ابو حنيفة لا يجوز ذلك في النفس والاجرة على
المقتص منه وقال ابو حنيفة تجب على المقتص له فان استاجر عينا اجارة
فاسدة وتمكن من الاستيفا وجب عليه اجرة المثل وبه قال ابو حنيفة لا تجب
عليه الاجرة الا بالاستيفا وتجب عليه اقل الامرين من المسمى او اجرة
المثل فان دفع الى حايك غزلا على ان ينسجه عشرة اذرع في عرض اربعة
فجاء به دون ذرعه في طوله او عرضه استحق حصته من المسمى وان جاء به اطول
لم يستحق زيادة وقال محمد ان جاء به اطول او اقصر فصاحب الثوب بالخيار بين ان
يطالبه بمثل غزله ويدفع اليه الثوب وبين ان يدفع اليه بحسابه ٥
من الاجرة

باب تضمين المستاجر والاجير

اذا اكترى ظهرا الى مكان فجاوزه فهلك الظهر في حال السير ولم يكن
صاحبه معه ضمنه اكثر ما كانت قيمته من حين جاوز المكان الى ان
تلف لانه ضمنه باليد من حين جاوز المكان وان كان صاحبه معه نظر فان
هلك بعد نزوله وتسليمه الى صاحبه لم يضمنه وان تلف في حال السير والركوب
ضمن وفي قدر ضمانه قولان احدهما نصف قيمته والثاني انه يقسط على
المسافتين فما قابل مسافة الاجارة سقط وما قابل الزيادة تجب بناء على
القولين في الجلاد اذا ضرب في حد القذف احدا وثمانين فان تعادل اثنان
على ظهر فارتدف ثالث من غير اذن فتلف الظهر ففيه ثلثة اوجه
احدها انه لا يجب على المرتدف نصف القيمة والثاني انه يجب عليه
الثلث والثالث انه يقسط على اوزانهم فان تلف العين التي استوجر
على العمل عليها في يد الاجير المشترك كالقصار والخياط ففيه
قولان احدهما انه تجب عليه الضمان وهو قول مالك وابن ابي ليلى
ويروى عن عمر وعلي رضي الله عنهما والقول الثاني انه لا ضمان عليه وهو
قول عطا وطاوس وزفر والمزني واحمد واسحق وقال ابو يوسف ومحمد
انه ان تلف بامر ظاهر كالحريق والنهب فلا ضمان عليه وان تلف بغير
ذلك ضمن وقال ابو حنيفة رحمه الله ان تلف بفعله ضمن وان كان ماذونا
فيه وان تلف بغير ذلك لم يضمن فان استاجر دابة للركوب والحمل
فضربها ضربا معتادا في تسييرها مثلها او كبح الدابة باللجام بحسب العادة فيه
فتلفت فلا ضمان عليه وبه قال ابو يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة
رحمه الله تجب عليه الضمان واما الاجير المنفرد وهو الذي يعمل له ولا يعمل
لغيره فقد اختلف اصحابنا فيه فمنهم من قال هو كالاجير المشترك وهو
المنصوص عليه ومنهم من قال لا تجب عليه الضمان قولا واحدا واختلف

...ابنا فيما ياخذه الحمامي هل هو ثمن الما او اجرة الدخول والسطل وحفظ
الثياب فمنهم من قال هو ثمن الما وهو متطوع بحفظ الثياب ومعير للسطل
ومنهم من قال هو اجرة الدخول والسطل وحفظ الثياب فلا يضمن الداخل
السطل وهل يضمن الحمامي الثياب فيه قولان اذا استاجر رجلا ليحج عنه
من دويرة اهله فاحرم دونه لزمه دم وهل يلزمه ان يرد من الاجرة
شيا من اصحابنا من قال يلزمه ان يرد قولا واحدا وقيل فيه قولان
وهو الاصح اصحهما انه يلزمه والثاني لا يلزمه وفي كيفية اعتباره
قولان احدهما وهو قوله الجديد انه يعتبر قسطه من الاجرة من الموضع الذي
نص عليه دون البلد الذي خرج منه والثاني نص عليه في الاملا انه يعتبر
قسط الاجرة من بلده الذي خرج منه فان استاجره ليحرم عنه من الميقات
بالحج فاحرم بعمرة من الميقات عن نفسه ثم احرم بالحج عن المستاجر من
مكة لزمه دم وهل يلزمه ان يرد من الاجرة شيا على ما ذكرناه من
الطريقين فان قلنا يلزمه ففيه قولان احدهما انه يرد بقدر ما بين حجه
من الميقات وحجه من مكة وقال في الاملا يلزمه ان يرد بقدر ما بين حجه
من بلده وبين حجه من مكة وقيل انه يستحق اجرة المثل وليس بشي فان
دفع ثوبا الى خياط فقطعه قبا ثم اختلفا فقال صاحب الثوب امرتك ان تقطعه
قميصا فتعديت فقطعته قبا فعليك ضمان النقصان وقال الخياط بل
امرتني ان اقطعه قبا فعليك الاجرة فقد حكى الشافعي رحمه الله في اختلاف
العراقيين قول ابي ابن ابي ليلى ان القول قول الخياط وقول ابي حنيفة ان القول

قول رب الثوب وذكر في مثل ذلك في موضع اخر انهما يتحالفان واختلف
اصحابنا فيه على ثلث طرق احدها ان فيه ثلثة اقوال اصحها انهما يتحالفان
والثاني ان المسلة على قولين في اختلاف العراقيين وهو قول ابي العباس والشيخ ابي
اسحق وابي علي بن ابي هريرة والقاضي ابي حامد والثالث ان المسلة على
قول واحد انهما يتحالفان وهو قول الشيخ ابي حامد الاسفرايني فان قلنا ان القول
قول الخياط فحلف لم يلزمه ارش النقص وهل يستحق الاجرة فيه وجهان احدهما
وهو قول ابي اسحق لانه لا يستحق الاجرة والثاني وهو قول ابي علي بن ابي هريرة
ان له الاجرة فعلى هذا هل يجب له المسمى او اجرة المثل فيه وجهان
احدهما انه يجب المسمى والثاني يجب اجرة المثل وان قلنا ان القول قول
صاحب الثوب فحلف لم يجب عليه الاجرة ويلزم الخياط ارش القطع
وفي قدر الارش قولان احدهما انه يلزمه ما بين قيمته صحيحا مقطوعا والثاني
انه يلزمه ما بين قيمته مقطوعا قميصا وبين قيمته مقطوعا قبا وحكي فيه
قول اخر نسب الى ابن علي بن ابي هريرة ان ما صلح من القبا للقميص لا يضمنه
وما لم يصلح للقميص يضمن ما بين قيمته مقطوعا وصحيحا وان قلنا يتحالفان
فحلفا لم يجب الاجرة وهل يجب ارش القطع فيه قولان احدهما لا يجب
والثاني انه يجب اذا استاجر صانعا على عمل من خياطة او صياغة فعمل
فهل له ان يحبس العين على الاجرة فيه وجهان احدهما انه يجوز له ذلك
والثاني لا يجوز فان دفع ثوبا الى رجل فخاطه ولم يذكر له اجرة ففيه اربعة
اوجه احدها انه يلزمه الاجرة وهو قول المزني والثاني انه ان قال له

بمقطعه لزمه وان بدا الرجل وقال اعطني لاخيطه لم يلزمه وهو قول ابي
اسحق والثالث ان الصانع ان كان معروفا باخذ الاجرة على الخياطة
لزمه وان لم يكن معروفا بذلك لم يلزمه وهو قول ابي العباس والرابع
انه لا يلزمه بحال وهو المذهب

فصل

في الجعالة اذا قال اول من يحج عني فله مائة فحج عنه رجل استحق المائة وقال
المزني رحمه الله ينبغي ان يستحق اجرة المثل ولا يستحق العامل الجعل
الا باذن صاحب المال فاما اذا عمل له عملا من غير اذنه بان رد له ابقا لم يستحق
عليه شيئا وان عمل باذنه ولم يشترط له عليه جعلا فعلى الوجوه الاربعة
وقال ابو حنيفة ان رده من مسافة ثلثة ايام وكانت قيمته تزيد على اربعين
درهما استحق اربعين درهما على صاحبه استحسانا فان رده من دون مسافة
ثلثة ايام فقد قال ابو جعفر النسفي يرضخ له ولا يبلغ به اربعون درهما استحق
وقال غيره يجب يقسط ذلك من مسافة ثلثة ايام فان كانت قيمته
اقل من اربعين درهما نقص من قيمته درهما وقال ابو يوسف ومحمد
يعطى اربعين درهما وقال مالك ان كان معروفا برد الابق استحق جعل مثله
وان كان غير معروف بذلك لم يستحق شيئا

كتاب السبق والرمي

اذا كانت المسابقة بعوض منهما جميعا ففيها قولان اصحها انها كالاجارة
والثاني انها كالجعالة فتكون جائزة وهو قول ابي حنيفة وحكمهما حكم
الجعالة في الرهن والضمان والفسخ والزيادة والنقصان فان طلب احدهما
الزيادة ولم يكونا متكافيين فان طلب الذي له الفضل ان يزيد ففيه

وجهان احدهما له ذلك والثاني ليس له والشيخ ابو نصر رحمه الله حكى ان الذي
عليه الفضل اذا طلب الزيادة فهل يجاب اليه او يفسخ فيه قولان احدهما
يجاب اليه لان العقد جائز والثاني لا يجاب ويجوز المسابقة على الخيل
والابل وفي البغال والحمير قولان احدهما يجوز والثاني لا يجوز وفي المسابقة
على الفيل وجهان وفي المسابقة على الفيل وجهان وفي المسابقة
على الحمام وجهان احدهما يجوز والثاني لا يجوز وفي المسابقة في سفن البحر
وجهان احدهما يجوز والثاني لا يجوز وفي المسابقة على الاقدام وجهان
احدهما يجوز وهو قول ابي حنيفة والثاني لا يجوز وهو المنصوص عليه
فان قلنا يجوز ففي المسابقة في السباحة وجهان وفي المسابقة في
الصراع وجهان احدهما يجوز وهو قول ابي حنيفة فعلى هذا في جواز
المسابقة بالمشابكة بالايدي وجهان كالسباحة وفي المسابقة بالسيف
والرمح والعمود وجهان احدهما يجوز والثاني لا يجوز فان كانت المسابقة
على مركوبين فقد اختلف اصحابنا فيه على وجهين احدهما انه لا يجوز حتى
يكونا من جنس واحد والثاني انه يعتبر التكافؤ في التقارب في السبق فاذا
تقارب جنسان كالبغل والحمار جاز المسابقة بينهما وان تباعد نوعان
في جنس كالعتيق والهجين والبختي والنجيب لم يجز فان كان المخرج للسبق
هو السلطان او اجاز الرعية وشرطه للسابق وجاز ان شرط لكل واحد
من المسابقين شيئا وفاضل بينهم فقال للمجلي وهو الاول مائة وللمصلي
وهو الثاني خمسون وللتالي وهو الثالث اربعون وللبارع وهو الرابع ثلثون

وللمراح وهو الخامس عشرون وللحظي وهو السادس خمسة عشر وللعاطف
وهو السابع عشرة وللمؤمل وهو الثامن ثمنيه وللطيم وهو التاسع خمسة
وللسكيت وهو العاشر درهم وللفسكل وهو الذي يجي بعد الجميع
نصف درهم ففيه وجهان احدهما انه يجوز والثاني انه لا يجوز وقال
مالك ان اخرج السبق الامام من بيت المال جاز وان اخرجه احاد الرعية
لم يجز وحكي في الحاوي عن ابي حنيفه انه منع اخذ العوض على المسابقه
ومن اصحابه من انكره فان جعل للاول عشرة والثالث خمسه وللرابع اربعة
ولم يجعل للثاني شيا ففيه وجهان احدهما انه يصح والثاني انه يبطل
فعلى هذا هل يستحق على الباذل اجرة فيه وجهان احدهما وهو ظاهر
قول ابي اسحق انه لا اجرة له والثاني وهو الاصح وهو قول ابي علي بن ابي
هريرة ان له عليه اجرة مثله فان اخرج المتسابقان السبق وبينهما
محلل وهو ثالث على فرس كفي لفرسيهما لا يخرج شيا ان سبقهما اخذ
وان سبق لم يوخذ منه شي وان سبق احد المخرجين اخذ سبق صاحبه واختلف
اصحابنا في دخول المحلل لماذا يراد منهم من قال دخوله لتحليل السبق بان
سبق منهما وقال ابو علي بن خيران دخوله لتحليل السبق لنفسه
خاصة وهو قول مالك والمذهب الاول فان سبق احد المخرجين وتاخر
المحلل والمخرج الاخر احرز السابق سبقه وفي سبق الاخر وجهان المذهب
انه للسابق وعلى قول ابن خيران لا يكون له واذا سبق المحلل واحد المخرجين
احرز السابق سبق لنفسه وفي سبق المسبوق وجهان المذهب انه

بين المحلل والمخرج السابق وعلى قول ابن خيران يكون للمحلل وحده فان سبق
احد المخرجين ثم جا المحلل ثم الاخر ففيه وجهان المذهب ان سبق المسبوق
للمخرج السابق وعلى قول ابن خيران يكون للمحلل وان سبق احد المخرجين
ثم المخرج الاخر ثم المحلل المذهب ان السبق للسابق وعلى قول ابن خيران
يحرز كل واحد منهما سبق نفسه فان اختلف المركوبان في طول
العنق اعتبر السبق بالكاهل في حق قصير العنق وقال الثوري ان سبق
احدهما باذنه فقد سبق وحكاه في الحاوي عن المزني وحكي عن الاوزاعي
ان سبق بالراس فقد سبق وان مات الراكب وقلنا ان هذا العقد كالجعالة
انفسخ وان قلنا انه كالاجارة لم ينفسخ وتجوز المسابقه على الرمي فان قلنا له
ارم عشرة فان كان صوابك اكثر من خطايك فلك دينار ففيه وجهان
احدهما انه يجوز والثاني لا يجوز ولا يصح عقد السباق حتى يعين الراميان
فان كان احدهما كثير الاصابة والاخر كثير الخطا ففيه وجهان احدهما
انه لا يجوز والثاني انه يجوز فان عقدت المسابقه على فرس بعينه وشرط
ان لا يبدله بغيره فهو على الاوجه الثلثة في الاجارة اذا استاجر ظهرا ليركبه
وشرط ان لا يركبه غيره ولا يجوز الا على اصابة عدد معلوم فان شرط
اصابة عشرة من عشرة او تسعة من عشرة وجهان احدهما يصح ولا يجوز
حتى يكون مدى الغرض معلوم فان جعل المدى مسافه يصيب في مثلها نادرا
ففيه وجهان احدهما يجوز والثاني لا يجوز وقد قدره اصحابنا ما يصاب منه
بما بين مايتين وخمسين ذراعا وما لا يصاب مما زاد على ثلثماية وخمسين ذراعا وفيما

بينهما فيه وجهان وان شرطا على غير عوض على ان يكون السبق لاحدهما دميا ففيه
وجهان احدهما يجوز والثاني لا يجوز واختلف اصحابنا في بيان حكم الاصابة مبادرة
او محاطة او حوابي فمنهم من قال يجب بيانه ومنهم من قال لا يجب ويصح مطلقا
ويحمل على المبادرة واختلفوا في وجوب بيان من يبدي بالرمي فمنهم من
قال يجب وهو المنصوص عليه ومنهم من قال لا يجب فعلى هذا في البادي
وجهان احدهما انه ان كان قد اخرج احدهما السبق قدم به وان كان منهما اقرع
بينهما والثاني انه لا يقدم احدهما الا بقرعة بكل حال وهل يدخل المحلل
في قرعتهما فيه وجهان احدهما انه لا يدخل في القرعة اذا قيل ان مخرج السبق
يستحق التقدم والثاني انه يدخل في القرعة ولا يتاخر اذا قيل ان مخرج
السبق لا يقدم الا بالقرعة قال الشافعي رحمه الله وقد جرت العادة
ان الرامي الثاني يتقدم على الاول بخطوة او خطوتين فيعتبر بعرف الرماة
فان كان لا يختلف ففي لزوم اعتباره وجهان فان شرط ان يطعم السبق اصحابه
بطل الشرط وبطل العقد على المنصوص للشافعي رحمه الله وقال ابو اسحق
يحتمل ان يقال لا يبطل العقد فان كان الشرط بينهما المحاطة وهو ان يتحاطا ما
يتساويا فيه من الاصابة ثم يفضل لاحدهما عدد الاصابة فيكون فاضلا
فان كان الرشق عشرين وعدد الاصابة خمسا فيفضل لاحدهما بعد تساويهما
في الرمي واسقاط ما استويا فيه من عدد الاصابة وهو خمسة فان كان ذلك
قبل اكمال الرشق فقال صاحب الاقل لصاحب الاكثر يرمي بقية الرشق
وكان له فيه فائدة فان يرجوا ان يفضله بان يرمي احدهما احد عشر فيصيب

تسعة ويرمي الاخر فيصيب واحدا ثم يرمي صاحب التسعة فيخطئ في جميعه
صاحب الواحد فيصيب الجميع فيفضله بخمسة او يساويه بان يرمي احدهما
فيصيب منها عشرة ويرمي الاخر خمسة عشر فيصيب منها خمسة ثم يرمي صاحب
العشرة ما بقي فيخطئ في الجميع ويرمي صاحب الخمسة فيصيب في الجميع فيساويه
او يقلل اصابته بان يصيب احدهما احد عشر من خمسة عشر ويصيب الاخر
سهمين من خمسة عشر ثم يرمي صاحب الاحد عشر ما بقي له فيخطئ في جميعه
ويرمي صاحب السهمين فيصيب الجميع فيصير له سبعة ويبقى لصاحبه
اربعة فهل لاقلهما اصابة مطالبة الاخر باكمال الرشق ففيه وجهان
احدهما ليس له والثاني ذلك وان كان الرمي حوابي وهو ان يشترطا اصابة
عدد من الرشق على ان يسقط ما قرب من اصابة احدهما ما بعد من اصابة الاخر
فمن فضل له بعد ذلك ما شرطاه من عدد الاصابة فقد نضل فان رمى احدهما
فاصاب الشن ورمى الاخر فاصاب العظم الذي في الشن قال الشافعي رحمه
الله من الرماة من قال يسقط الاصابة في العظم ما كان ابعد منها قال
الشافعي رحمه الله وعندي انهما سوا لان الغرض موضع الاصابة فان كان
الغرض واحدا وقف الاول حيث شاء ثم يقف الثاني حيث شاء من يمين
الاول او يساره او موقفه فان لم يرض الاول الا ان يقف موقفه ففيه
وجهان احدهما انه يلزمه ذلك والثاني لا يلزمه السهم الجائز اذا وقع
في احد جانبي الهدف يقال جاز السهم اذا وقع كذلك واجاز السهم اذا
وقع وراء الهدف فيحسب عليه من الخطا وقال ابو علي بن ابي هريرة السهم

[...] الهدف على احد جانبي الشن فعلى هذا ان كان الشرط اصابة الشن
كان الجائز [...] وان كان الشرط في الهدف كان الجائز مصيبا ويقال سهم
[...] وهو الذي يقع في القوائم تخطف نازلا فان اخطاه حسب عليه خطا
وان اصاب فهل يحسب له فيه وجهان احدهما انه يحسب له اصابه والثاني
انه لا يحسب له فعلى هذا هل يحسب عليه بخطاه فيه وجهان احدهما انه
يحسب عليه من خطاه والثاني انه لا يحسب له قال القاضي ابو الحسن الماوردي
والصحيح عندي ان ينظر في نزول السهم بعد ارتفاعه فان انحط فاتر الحد
لا يقطع مسافه حسب عليه في الخطا وان نزل في تقنيه حد جاذبا في قطع
مسافه لا يحسب له اصابة فان كان النضال بين حزبين جاز وحكي عن ابي
علي بن ابي هريره انه قال لا يجوز والمذهب الاول ويكون لكل واحد زعيم
يختار الرجال لنفسه ويتعين الرماة بالاختيار والاتفاق فان خرج في
الحزبين من لا يحسن الرمي انفسخ العقد فيه وفيمن يقابله من الحزب الاخر
وهل يبطل في الباقين من الحزبين فيه قولان بنا على تفريق الصفقة فان
قلنا انها لا تبطل ثبت للحزب الاخر الخيار فان اختار البقا على العقد وتنازعوا
فيمن يخرج في مقابلته من الحزب الاخر فسخ العقد ومن اصحابنا من قال يبطل
في الجميع قولا واحدا فان نضل احد الحزبين الاخر ففي كيفيه قسمه السبق بين
الناضلين وجهان احدهما انه يقسم بينهم بالسويه كما يجب على المنضولين
بالسويه فعلى هذا ان خرج فيهم من لم يصب استحق والثاني يقسم
بينهم على قدر اصاباتهم فان رمى في غير ريح فثارت ريح بعد خروج السهم

من القوس فاخطا لم يحسب عليه وان اصاب فقد قال بعض اصحابنا فيه وجهان بنا على
القولين في اصابة السهم المزدلف قال الشيخ الامام ابو اسحق رحمه الله وعندي انه
لا يحسب له قولا واحدا فان اغرق السهم فخرج من الجانب الاخر من القوس
فاصاب حسب له وان اخطا لم يحسب عليه على المنصوص وقيل يحسب
عليه فان رمى السهم فعرض له عارض فعثر به السهم وجاوز الغرض ولم يصب
ففيه وجهان احدهما وهو قول ابي اسحق انه يحسب عليه في الخطا والثاني
انه لا يحسب عليه فان رمى فاصاب الارض ثم ازدلف فاصاب الغرض ففيه
قولان احدهما انه يحسب له والثاني لا يحسب له فان ازدلف ولم يصب الغرض
حسب عليه في الخطا في احد الوجهين فان كان الشرط بينهما في الاصابة
الخسق فاصاب السهم الغرض وثقب الموضع بحيث يصلح ان يثبت فيه
ولكنه لم يثبت ففيه قولان احدهما انه يحسب له والاصح انه لا يحسب
له فان رمى السهم فاصاب الغرض ولم يثبت فيه فقال الرامي قد خسق الا
انه لم يثبت فيه لغلظ لقيه من نواة او حصاة وقال رسيله لم تخسق وفتش
العرض فوجد ذلك فيه ففيه وجهان احدهما ان القول قول الرامي والثاني
ان القول قول الرسيل وان حرمه وثبت فيه ففيه قولان احدهما يعتد به
والثاني لا يعتد به فان مرق السهم فقد قال الشافعي رحمه الله هو عندي
خاسق ومن الرماة من لا يحسبه خاسقا فمن اصحابنا من قال يحسب له قولا
واحدا وما حكاه انما هو عن غيره وليس بقول له ومن اصحابنا من قال فيه قولان
احدهما يحسب له والثاني لا يحسب له والاول اصح فان رمى فاصاب موضع الخسق

من الهدف وكان [illegible] العرض احتسب له في احد الوجهين والباقي لا يحتسب

باب احيا الموات

الموات الذي جرى عليه ملك وباد اهله ولم يعرف مالكه ففيه ثلثة اوجه
احدها انه يملك بالاحيا وهو قول ابي حنيفه والثاني انه لا يملك والثالث انه
ان كان في دار الاسلام لم يملك وان كان في دار الحرب ملك فان قاتل الكفار
عن موات ديارهم ولم يحيوه ثم ظهر المسلمون عليه ففيه وجهان احدهما انه
غنيمة والثاني انه يجوز تملكه بالاحيا وقال مالك اذا كان المالك في دار
الاسلام معينا فترك الارض حتى دثرت ثم احياها غيره كان الثاني احق
بها ولا يفتقر الاحيا الى اذن الامام وبه قال ابو يوسف ومحمد وقال
ابو حنيفه يفتقر الى اذنه وقال مالك ان كان قريبا من العامر في موضع
يتشاح الناس فيه افتقر الى اذنه وان لم يكن كذلك لم يفتقر ولا يملك
الذمي الموات بالاحيا في دار الاسلام وقال ابو حنيفه ومالك يملك
والمرجع في الاحيا الى ما يتعارف احيا في العرف والعادة فاحيا
الدار ان يبني حيطانها ويسقف عليها وهل يشترط فيه تعليق الباب
عليها فيه وجهان احدهما ان ذلك شرط والثاني ليس بشرط
وان كان يريد الارض للزراعة فاحياها ان يجمع لها مسناه ويسوق
الما اليها ويصلح ترابها وهل يشترط غير ذلك فيه ثلثة اوجه احدها
انه لا يشترط وهو قول ابي اسحق والثاني وهو ظاهر ما نقله المزني

انه يشترط مع ذلك الزراعة والثالث وهو قول ابي [illegible]
انه يشترط فيه الزراعة والسقي ايضا ويملك ما ينبت [illegible]
وقال ابو القسم الصيمري لا يملك ذلك قال القاضي ابو الحسن الماوردي
رحمه الله والاصح عندي من اطلاق هذين الوجهين اعتبار العرف
فيما ارصدت الارض له فان كانت مرصدة لنبت ذلك وقصد ذلك من
نمايها كالاجام المرصدة لنبات الكلا والشجر فهو ملك لرب الارض
وان كانت مرصدة للزراعة والغرس فنبات الحشيش فيها يضربها فلا يكون
من مقصود منافعها فلم يملك وعلى الوجوه كلها لا يلزمه ان يمكن
احدا منه ويملك بالاحيا مرافق المحيا بتعاله في الارض يملك طرقها
ومغيض مياهها وبيدر زرعها وما لا يستغني عنه من مرافقها وقال
ابو حنيفه مرافقها ما لم يبلغه ماوها ويبعد منها وقال ابو يوسف
حريمها ما انتهى اليه صوت المنادي من حدودها وحريم البير ما لابد
لها منه في الارتفاق بها في العادة وقال ابو حنيفه حريم البير اربعون
ذراعا وحريم العين خمسماية ذراع وقال احمد حريم البير خمسة وعشرون
ذراعا الا ان يكون عادية فيكون حريمها خمسين ذراعا وقال ابو يوسف
حريم بير العطن اربعون ذراعا وبير الناضح ستون ذراعا الا ان يكون
رشاوها ابعد من ذلك فاما الدار فقد ذكر الشيخ ابو حامد رحمه الله
ان الدار لها حريم فاذا حفر انسان في فنايها واصل حيطانها منع منه
قال الشيخ ابو نصر رحمه الله وعندي ان حيطان الدار لا فنا لها ولا حريم

[illegible] وفناها وذكر ايضا انه اذا قعد قوم
[illegible] وكان عليه ضرر منعوا منه فان لم يكن عليه ضرر
ففيه قولان احدهما انه لا يجوز الا باذن صاحب الدار وعلى هذا افنية
[illegible] هل يفتقر القعود فيه الى اذن الامام فيه وجهان فان حفر
رجل بيرا في موات فحفر اخر بيرا في حريمها فنضب ما الاولة لم يعترض
للثانية وقال مالك يطم بير الثاني حد الموات ما ليس لعامر ولا هو
من حقوق العامر قرب من العامر او بعد وقال ابو حنيفة الموات
كل ارض لا يبلغها الما ويبعد من العامر وقال ابو يوسف الموات
كل ارض لو وقف على اقصاها ونادى باعلى صوته لم يسمعه اقرب
الناس اليها من العامر وقال مالك الموات الذي يقرب العامر اهل
العامر احق باحيائه من غيرهم فان تحجر رجل مواتا بان شرع
في احيائه ولم يتمم فهو احق به فان نقله الى غيره كان الثاني احق
به فان باعه من غيره لم يصح البيع في اصح الوجهين والثاني انه يصح وهو
قول ابي اسحق فعلى مقتضى هذا يكون مملوكا بالتحجر فان قلنا يصح
البيع فالثمن لازم للمشتري فان بادر غير المشتري فاحياه ملكه
وهل يسقط الثمن عن المشتري فيه وجهان حكاهما ابو علي بن ابي هريرة
احدهما وهو اختياره ان الثمن لا يسقط والثاني انه يسقط وان قلنا ان البيع لا يصح
فاحياه المشتري قبل الحكم بفسخ البيع ففيه وجهان احدهما انه ملك
المشتري والثاني انه للبايع وليس بشي فان بادر غير المتحجر الى احيائه وكان

ذلك قبل ان يطول الزمان ففيه وجهان احدهما [illegible]
يملك فان سبق اثنان الى معدن ظاهر في موات وضاق المكان [illegible]
كل واحد منهما باخذ حاجته ففيه ثلثة اوجه احدها انه يقرع
بينهما والثاني انه يقسم بينهما والثالث ان الامام يقدم من يختار منهما وان
سبق الى معدن باطن وهو الذي لا يوصل اليه الا بالعمل عليه كمعدن الذهب
والفضة والحديد والرصاص فوصل الى نيله ملك ما اخذ منه وهل
يملك المعدن فيه قولان اصحهما انه لا يملك والثاني انه يملك فعلى هذا
لا يجوز اقطاعها وان قلنا انه لا يملك بالاحيا ففي جواز اقطاعها قولان
ويجوز الارتفاق بما بين العامر من الرحاب والشوارع الواسعة فان
جلس في موضع كان احق به من غيره فان قام منه جاز لغيره ان يجلس
فيه فان قعد واطال القعود ففيه وجهان احدهما انه يمنع فان سبق
اثنان اليه ففيه وجهان احدهما يقرع بينهما والثاني ان الامام يقدم
احدهما كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم ان يحمي الحمى وهل يجوز لمن بعده
من الائمة ان يحمي لخيل المجاهدين ونعم الجزية وابل الصدقة وما شبه
من يضعف عن الابعاد في النجعة فيه قولان احدهما لا يجوز والثاني
انه يجوز فان حمى رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئا وزالت الحاجة بعده
اليه فهل يجوز احياؤه فيه وجهان احدهما انه يجوز الما في البير المملوكة
لا يلزمه بذله مع حاجته اليه لسقي زرعه وماشيته فان فضل شي عن
حاجته وجب عليه بذله لماشية غيره وهو اذا كان بقربه عشب لا

[illegible] ماشية زرع [illegible] الما ولا يلزمه بذله لزرع غيره وبه قال ابو
[illegible] وقال احمد يلزمه بذله لزرع غيره ايضا في احدى الروايتين
عنه ومن الناس من قال يلزمه بذل ذلك بعوض وقال ابو عبيد
بن حربويه يستحب له بذل ذلك ولا يجب اذا احتاجوا الى الما معا وضاق عنهم
فانهم يقترعون فاذا روي الادميون استونفت القرعة بين البهايم وهل
يستانف القرعة على اعيان البهايم او على اعيان اربابها فيه وجهان
احدهما على اعيان اربابها فاذا اخرجت القرعة على واحد منهم سقى
جميع بهايمه والثاني انه يستانف القرعة على اعيان البهايم لحرمتها اذا
كان الما الجاري في ساقية مملوكة لجماعة فقسموه بينهم ليسقي كل
واحد منهم ضيعته بمايه واراد احدهم ان يسقي ضيعة له اخرى لا شرب
لها في هذا النهر فقد ذكر الشيخ ابو حامد رحمه الله انه ليس له ذلك
كما لو كان له دار في درب لا ينفذ فاشترى دارا بابها في درب اخر فاراد
ان ينفذها الى الاخرى لم يكن له قال الشيخ ابو نصر رحمه الله وهذا اوجه
جيد غير ان المسلة التي ذكرها فيها وجهان هذا اذا كان النهر
مملوكا فاما اذا كان الشرب من نهر غير مملوك وكان ياخذ الما بالدولاب
فاراد ان يسقي من نصيبه من ما الدولاب ارضا اخرى قال الشيخ ابو نصر
رحمه ينبغي ان يجوز اذا لم يضيق الما وكان نهرا عظيما فاما اذا ضاق فانه يقدم
الاسبق فالاسبق قلت انا وهذا فيه نظر لانه انما يسقي بنصيبه من الما
وليس في ذلك اضرار بغيره بخلاف النهر المملوك لانه يثبت حق شرب في نهر لا

شرب له فيها فاما اذا كان النهر مشتركا بين عشيرة فارادوا كريه [illegible]
ان يشتركوا في كريه في اوله فاذا جاوز الاول كان على الباقين كريه [illegible]
دونه فاذا جاوز الثاني كان على الباقين بعده وعلى هذا وحكي ذلك
عن ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يشتركون في كري جميعه اختلف
اصحابنا رضي الله عنهم في قصة الزبير رضي الله عنه مع الانصاري في شراج
الحرة فمنهم من قال كان صلى الله عليه وسلم قد امره ان يستوفي حقه فلما
قال الانصاري ما قال امره النبي صلى الله عليه وسلم ان يستوفي دون
حقه من غير استقصا فلما قال الانصاري ما قال امره صلى الله عليه وسلم
ان يستوفي حقه فيحبس الما حتى يبلغ الجدر وهو الكعب

كتاب اللقطة

يجوز للحر الرشيد التقاط اللقطة في غير الحرم ولا يجوز التقاط لقطة
الحرم الا للحفظ على صاحبها ومن اصحابنا من قال يجوز التقاطها للتملك
والانتفاع بها وقال ابو حنيفة لقطة الحرم كلقطة غيره فاما لقطة عرفة
ومصلى ابرهيم ففيه وجهان احدهما انه يجوز التقاطها والثاني انها
كلقطة الحرم وفي جواز انشادها في المسجد الحرام وجهان اصحهما
جوازه وان كان في ساير المساجد لا يجوز وجها واحدا وهل يجب عليه اخذ اللقطة
اذا وجدها نقل المزني ان الشافعي رحمه الله قال لا احب تركها وقال في
القديم لا يجوز تركها فمن اصحابنا من قال فيه قولان احدهما انه لا يجب وهو
قول ابي حنيفة والثاني انه يجب وقال ابو اسحق وابو العباس وغيرهما

...ان كانت في موضع لا يخاف عليها الامانة اهله لم تجب عليه اخذها وان
...في موضع يخاف عليها الخيانة اهله وجب عليه اخذها وحكي عن مالك
و... انهما كرها الالتقاط وهل تجب الاشهاد في اللقطة واللقيط
فيه ثلثة اوجه احدها انه لا تجب فيهما والثاني انه تجب فيهما والثالث
يتملكها
انه تجب فيهما الاشهاد في اللقيط ولا تجب في اللقطة فان اخذ اللقطة
لزمه تعريفها سنة اذا كان قدرا يرجع الانسان في طلبه وهل تجوز تعريفها
سنة متفرقة فيه وجهان احدهما انه لا تجوز ومتى قطع استانف
والثاني انه تجوز وحكي في الحاوي عن شاذ من الفقها انه يلزمه ان يعرفها ثلثة
احوال وقال احمد يعرفها شهرا وقال اخرون يعرفها ثلثة ايام ويقول
في التعريف من ضاع منه شي او من ضاع منه دنانير ولا يزيد على ذلك فان
ذكر القدر والنوع والعفاص والوكا ففيه وجهان احدهما انه لا يضمنها
والثاني انه يضمنها واما القليل ففيه ثلثة اوجه احدها انه يعرف القليل
والكثير والثاني انه يعرف ما زاد على الدينار والثالث انه يعرف ما يقطع
فيه يد السارق وقيل فيه تجب تعريف ما يتعلق قلب الانسان به ويرجع
في طلبه ولا تجب تعريف ما دون ذلك وقال مالك وابو حنيفة تجب عليه
تعريف ما يقطع فيه يد السارق وحكي في الحاوي في تعريف ما يتبعه
نفس الانسان كالرغيف والدانق من الفضة وجهين احدهما تجب تعريفه
والثاني لا تجب تعريفه حولا وقال الحسن بن صالح عشرة دراهم فما فوقها
تجب تعريفها حولا وقال اسحق بن راهويه ما دون الدينار يعرفه جمعة وقال

الثوري يعرف الدراهم اربعة ايام فان عرفها حولا ولم تجد صاحبها ف...
احدهما انها تدخل في ملكه بالتعريف حولا والثاني انه يملكها باختيار التملك
بعد الحول وحكي فيه وجهان اخران احدهما انه يملكها بمجرد النية والثاني
انه يملك بالتصرف بعد مضي الحول ولا وجه لهما ولا فرق في تملك اللقطة
بين الغني والفقير وقال ابو حنيفة لا تجوز للغني الانتفاع باللقطة واذا
اخذها كان مخيرا بين ان يتصدق بها صدقة تكون موقوفة على المتصدق
عنه وبين ان تحفظها على صاحبها وان كان فقيرا فهو بالخيار ان شا
انتفع بها وان شا تصدق بها صدقة موقوفة على اجازة صاحبها فان اجازها
وقعت عنه وان ردها وقعت عن الملتقط وحكي اصحابنا عن مالك انه
تجوز للغني ان يملكها ولا تجوز للفقير وحكي عن عبد الله بن عمر رضي الله
عنه انه قال لا يملكها بعد مضي الحول بل يضعها في بيت المال فان جا صاحبها
بعد ما تملكها الملتقط وجب عليه ردها عليه ان كان باقيه ورد بدلها ان
كانت تالفة وقال الكرابيسي لا يلزمه ردها ولا رد بدلها وليس بمذهب
فان كانت قد نقصت في يد الملتقط فهل يلزمه ارش النقصان فيه وجهان
احدهما انه يغرمه ذلك والثاني ليس له وحكى الشيخ ابو نصر رحمه الله وجها
ثالثا انه بالخيار ان شا رجع فيها وما نقص وان شا عدل عنها فطالب
بدلها وان حضر صاحبها وقد باعها الملتقط بشرط الخيار فيه وجهان
احدهما ان البيع ينفسخ والثاني لا ينفسخ عليه وان وجد ضالة يمتنع من صغار
السباع في برية كالابل والبقر والخيل والبغال والظبا والارانب

الحرام لم يجز التقاطه للتملك والانتفاع به وهل يجوز لآحاد الرعية التقاطه
للحفظ على صاحبه فيه وجهان احدهما يجوز والثاني لا يجوز وقال ابو حنيفة
يجوز التقاطها بكل حال فان اخذها للتملك او الحفظ وقلنا لا يجوز ضمنها
فان دفعها الى السلطان فهل يبرأ من الضمان فيه وجهان اظهرهما انه
يبرأ وان كان مما لا يمتنع من صغار السباع كالغنم وصغار الابل والبقر
جاز له اخذه وله بيعه بنفسه اذا لم يقدر على الحاكم وان قدر على الحاكم
ففيه وجهان احدهما انه لا يبيعه الا باذنه والثاني انه يبيعه
من غير اذنه واذا باعه فانه لا يملك الثمن الا بعد التعريف حولا وهل
يلزمه ان يعزل الثمن مدة التعريف فيه وجهان احدهما انه لا
يلزمه والثاني انه يلزمه عزله وحكي عن مالك انه قال في الغنم
اذا اكلها فلا غرم عليه وان وجد الضالة في البلد فقد روى المزني
رحمه الله ان الصغار والكبار في البلد سوا فمن اصحابنا من قال
المذهب ما رواه ومنهم من قال البلد كالبرية فيفرق فيه بين الصغار
والكبار فان اراد ان يستبقي الحيوان الذي التقطه على صاحبه فلا
ضمان عليه وحكي فيه وجه اخر انه يضمنه فان انفق مع عدم الحاكم
والحمي واشهد له انه ينفق ليرجع ففيه وجهان احدهما انه يرجع والثاني
لا يرجع فان عزله ان يتملكها ففيه وجهان وان تملكها ثم نوى ان
يحفظها على صاحبها لم يسقط عنه ضمانها لصاحبها وهل يزول

ملكه عنها فيه وجهان وان وجد ما لا يبقى كالشوي كالبطيخ والخيار والطبيخ
فهو بالخيار بين ان ياكله ويغرم البدل وبين ان يبيعه ويحفظ الثمن
على ما ذكرناه في الغنم فيما ذكرناه فيها وخرج المزني رحمه الله قولا
اخر انه يلزمه البيع ولا يجوز له الاكل والمذهب الاول فان وجد خمرا
قد اراقها صاحبها لم يلزمه تعريفها فان صارت عنده خلا ففيه وجهان
احدهما انها لمن اراقها والثاني انها للملتقط فان ارسل بهيمة في مهلكة
فاخذها رجل وانفق عليها واحياها لم يملكها بذلك وحكي عن احمد انه
قال يملكها وقال مالك يرجع على مالكها بما انفق عليها ويسلمها اليه
فان التقط عبدا صغيرا وعرفه حولا وتملكه وباعه ثم جا صاحبه
واقر انه كان قد اعتقه قبل بيعه فقد اختلف اصحابنا في ذلك فحكى
الشيخ ابو حامد في ذلك قولين احدهما انه لا يقبل قوله والثاني يقبل
قوله لانه لا يتهم قال وهذا اصح قال القاضي ابو الطيب رحمه الله من اصحابنا
من قال لا يقبل قوله قولا واحدا كما لو باعه ثم ادعى انه كان قد اعتقه
قال وهو الصحيح وفي جواز تلك الجارية بحكم اللقطة وجهان فان جا
رجل الى الملتقط ووصف اللقطة حتى غلب على ظنه انه صاحبها
جاز له دفعها اليه ولا يجب عليه الدفع اليه الا ببينة وبه قال ابو حنيفة
وقال مالك واحمد يجب عليه دفعها اليه اذا ابق لرجل عبد وحصل في يد حاكم
مصر فجعله مع الضوال فاقام صاحبه بمكة شاهدين عند حاكمها فشهدا ان
العبد الذي حصل في يد حاكم مصر له فجعله مع مكة الى حاكم مصر بذلك

قال

فهل يجب تسليمه بذلك فيه قولان احدهما يجب وبه قال ابو يوسف الا انه
ياخذ به كفيلا والثاني انه لا يجب تسليمه وبه قال ابو حنيفة ومحمد فاذا
قلنا يجب على حاكم مصر تسليمه فانه يختم في عنقه خيطا ويجعله ضيقا
بحيث لا يخرج راسه ويدفعه الى المدعي او وكيله يحمله الى مكة مضمونا
عليه فاذا وصل الى مكة وقال الشاهدان هذا هو العبد الذي شهدنا به
سلم الى مدعيه وان لم يكن ذلك العبد وجب رده الى مصر في ضمانه

فان وجد العبد لقطة ففيه قولان احدهما ان له ان يلتقط وهو قول
ابي حنيفة والثاني انه ليس فان قلنا يجوز فعرفها صح تعريفه ويملكها
المولى بعد الحول فان تملكها العبد وتصرف فيها ففيه وجهان احدهما
انه يضمنها في ذمته يتبع بها بعد العتق والثاني انه يضمنها في رقبته
فان علم بالتقاط العبد وقلنا يجوز التقاطه فاهملها في يده فلم ياخذها ولا اقرها
في يده فقد روى المزني انه يضمنها في رقبة العبد وروى الربيع انه يضمنها
في ذمته ورقبة العبد فمن اصحابنا من قال الصحيح ما رواه المزني وقال
ابو اسحق الصحيح ما رواه الربيع وان التقط العبد لقطة ولم يعلم السيد بها
حتى اعتقه فان قلنا يجوز للعبد ان يلتقط كان للسيد ان ياخذها منه
وان قلنا لا يجوز ان يلتقط لم يكن للسيد ان ياخذها وان وجد المكاتب لقطة
فالمنصوص انه كالحر فمن اصحابنا من قال هو كالحر قولا واحدا ومنهم من قال
هو على القولين في العبد فاذا قلنا لا يصح التقاطه ضمنها قال الشيخ والقاضي
ابو حامد رحمه الله وليس للسيد انتزاعها من يده وانما تسلمها الى الحاكم

ليعرفها فاذا مضى الحول ملكها المكاتب قال الشيخ ابو حامد رحمه الله ولا يجي
هذا على فساد الالتقاط وذكر القاضي ابو الطيب رحمه الله في التعليق انه يسلمها
الى الحاكم ليحفظها ولا يعرفها وهذا اصح فان نهى السيد عبده عن اخذها
فقد حكى ابو سعيد الاصطخري انه يضمنها في رقبته قولا واحدا وقال سائر
اصحابنا يكون على القولين وحكى فيه طريقة اخرى انه على حالين فحيث
قال هو كالحر اذا كانت الكتابة صحيحة وحيث قال هو كالعبد اذا كانت
الكتابة فاسدة فاما من نصفه حر ونصفه رقيق اذا وجد لقطة فالمنصوص
انه كالحر فمن اصحابنا من قال هو كالحر قولا واحدا ومنهم من قال هو على
القولين في العبد فان قلنا انه كالحر ولم يكن بينهما مهاياة كانا شريكين
فيها كسائر اكسابه وان كان بينهما مهاياة وقلنا ان الكسب النادر لا يدخل
في المهاياة كانت اللقطة بينهما وان قلنا يدخل في المهاياة كانت اللقطة
لمن وجدت في يومه فاما ام الولد اذا اخذت اللقطة لنفسها فعلى قولين
احدهما انه يجوز فيتعلق عوضها بذمتها يتبع به اذا اعتقت والثاني انه لا
يجوز فعلى هذا اذا لم يعلم السيد بها فهل يتعلق بذمتها فلا يلزم السيد
شيء والثاني انه كالجناية وان علم السيد ففيه ثلاثة اوجه احدها انه يجب قيمتها
في ذمتها والثاني انه كالجناية فيفديها السيد باقل الامرين والثالث انها
تجب في ذمة السيد فيغرم جميع قيمتها فان وجد الفاسق لقطة لم يجز ان
ياخذها فان اخذها ففيه قولان اصحهما انها لا تقر في يده والثاني انها تقر
في يده والثاني انها تقر في يده وهو قول ابي حنيفة ويضم اليه من يشرف

علانه وهل يجوز ان ينفرد بالتعريف فيه قولان احدهما لا يجوز حتى يكون
معه من يشرف عليه واذا قلنا ينتزعها الحاكم ويضعها على يد امين فهل
ينفرد الواجد لها بالتعريف فيه قولان احدهما نقله المزني لان الامين
ينفرد بالتعريف والثاني ان الواجد يعرفها وان التقط الكافر لقطة
في دار الاسلام ففيه وجهان احدهما انه يملكها بالتعريف والثاني انها
لا يملكها فان عرف اللقطة بعض الحول ثم ضاعت منه فوجدها اخر
وعرفها حولا فايهما احق بها فيه وجهان حكاهما القاضي ابو القسم ابن
كج احدهما ان الاول احق بها والثاني ان الثاني احق فان وجد السفيه
لقطة ولم يعلم الولي بحالها فتلفت في يده من غير جنايته فهل يجب عليه
ضمانها وهل يعتد بتعريفه فيه وجهان فان وجد اللقطة في مكان
فاخذها ثم ردها اليه وجب عليه ضمانها وقال ابو حنيفة يبرا من الضمان
وان ردها الى غير موضعها

باب اللقيط

التقاط المنبوذ فرض على الكفاية فان وجد عليه ثياب او حلي او تحته
فراش او كان في دار ليس فيها غيره وهي له وان كان بالقرب منهما مال
وليس هناك غيره ففيه وجهان احدهما انه له ان كان تحته بساط فقد
حكي في الحاوي فيه وجهين وكذا اذا كان في بستان او ضيعة ففيه وجهان
احدهما انها له كالدار وهل للحاكم نظر في اللقيط حكي فيه وجهين احدهما
لا نظر له وان وجد لقيط في بلد الكفار وفيه مسلم ففيه وجهان احدهما
انه كافر والثاني وهو قول ابي علي بن ابي هريرة انه مسلم تغليبا لحكم الاسلام

فان فرض الحاكم عليه ان ينفق من ماله الذي وجد معه فقد قال الشافعي
رحمه الله في اللقيط يجوز وقال في اللقطة اذا انفق الواجد على الضالة
ليرجع به لم يجز حتى يدفعه الى الحاكم ثم يدفعه اليه الحاكم لينفقه فمن اصحابنا
من جعل المسالتين على قولين بنقل الجوابين ومنهم من فرق بينهما فان لم
يكن حاكم فاشهد على الانفاق ففيه قولان قال فان لم يكن للقيط
مال وجب على السلطان الانفاق عليه ومن اين يجب ذلك فيه قولان
احدهما من بيت المال والثاني انه لا يجب من بيت المال وانما يستقرض
له ما ينفق عليه من بيت المال او من رجل من المسلمين وهل يكون الملتقط
خصما فيما نوزع فيه من مال اللقيط فيه وجهان فان وجد اللقيط في
بلد واراد نقله الى بلد اخر وهو امين ففيه وجهان احدهما انه يجوز
وهو ظاهر النص والثاني لا يجوز وان كان الملتقط من اهل البادية ووجده
في البادية وكان ممن يظعن في طلب الماء والكلا ففيه وجهان احدهما
انه يقر في يده والثاني انه لا يقر في يده فاما من نصفه حر اذا التقط
لقيطا في يومه ففيه وجهان احدهما انه يستحق كفالته فان التقطه
فقير ففيه وجهان احدهما انه لا يقر في يده والثاني انه يقر فان التقطه
نفسان من اهل الحضانة وتشاحا فيه اقرع بينهما وقال ابو علي بن خيران لا يقرع
بينهما بل يجتهد الحاكم فيقره في يد من هو احوط له والمنصوص هو الاول
فان ترك احدهما حقه من الحضانة ففيه وجهان احدهما انه يقر في
يد الاخر من غير اذن السلطان يقره في يد من يرى منه ومن غيره فان ادعى

خلفا
كل واحد منهما انه هو الذي التقطه دون الاخر وهو في يدهما تحالفا فان
اونكلا صار كالمنقطين يقرع بينهما على ظاهر المذهب وان كان لكل
واحد منهما بينة وتعارضتا بني على القولين في تعارض البينتين فان قلنا
انهما يستعملان لم يمكن هاهنا غير القرعة من الاقوال فان ادعى
كافر نسب لقيط لحقه وهل يحكم بكفره قال في اللقيط احببت ان
اجعله مسلما وقال في الدعوى والبينات اجعله مسلما فمن اصحابنا من
قال ان اقام البينة على نسبه حكم بكفره قولا واحدا وان لم يقم
البينة فقيه قولان احدهما انه يحكم باسلامه وهو الصحيح فان اقر
عبد بنسب اللقيط وكذبه المولى وقد حكى في الحاوي في لحوق نسبه
به وجهين احدهما انه لا يقبل وكذا حكى فيه اذا اقر بنسبه بعد العتق
فان ادعاه مسلم وكافر او حر وعبد استويا في دعوته وقال ابو حنيفة
تقدم دعوة المسلم والحر وان ادعت المراة نسبه ففيه ثلثة اوجه احدها
انه يقبل قولها ويلحقها والثاني وهو ظاهر النص انه لا يقبل والثالث
انها ان كانت فراشا لرجل لم يقبل قولها وان لم يكن فراشا قبل فان
تداعى رجلان نسب لقيط عرض على القافة وقال ابو حنيفة لا اعرف
القافة ويلحق الولد بهما وحكى الطحاوي عنه يلحق نسبه باثنين ولا
يلحق باكثر وعن ابي يوسف انه قال يلحق بثلثة واكثر على حسب الدعوى
وقال المتاخرون يجوز ان يلحق بماية اب وقال ابو حنيفة يجوز ان يلحق الابوين الا ابو واحد
بامين اذا ادعتاه وقال ابو يوسف ومحمد لا يلحق الا بواحد منهما والقافة

قوم من بني مدلج وهل يجوز ان يكون من غيرهم فيه وجهان اصحهما انه يجوز وفي
اعتبار العدد فيها وجهان احدهما انه يكفي فيه الواحد فيكون خبر الا يعتبر
فيه لفظ الشهادة والثاني انه شهادة يعتبر فيه العدد ولفظ الشهادة
فعلى هذا ان كان الشبه مشتركا فاحتيج الى ترجيح ففيما يشهدان به وجهان
احدهما انهما يشهدان بما اداهما اجتهادهما اليه من لحوق نسبه باحدهما والثاني
انهما يشهدان بالسبب الموجب للحوق نسب باحدهما ليجتهد الحاكم
فيه فان تعذر العمل بالقافة رجع الى اختيار الولد ان كانت الدعوى في
لقيط فقد حكى في الحاوي في الرجوع الى انتسابه وجهان احدهما انه يكون
كالفراش في انتسابه الى احدهما والثاني انه اذا مات احدهما الحق بالباقي
منهما وهل يصح انتسابه قبل البلوغ اذا كان عاقلا مميزا فيه وجهان اصحهما
انه لا يصح والثاني انه يصح فان كان لكل واحد من المدعيين بينة على دعواه لنسبه
فقد تعارضت البينتان فان قلنا انهما يستعملان فهل يقرع بينهما فيه وجهان
احدهما انه لا يقرع بينهما فعلى هذا يصير كالولم يكن بينة وللبس لا موضع
يسقط فيه استعمال الاقوال في استعمال البينتين الا هذا الموضع على هذا
الوجه وذكر في الحاوي انا اذا قلنا تسقط البينتان عند التعارض في الاملاك
ففي تعارضها في الانساب وجهان احدهما وهو قول ابي اسحق انهما يسقطان
فيكون كان لا بينة فيرجع الى القافة والثاني انهما لا يسقطان وهو قول
ابي علي بن ابي هريرة فيرجح بالقافة فان تداعت امراتان نسب لقيط
فهل يعرض معهما على القافة فيه وجهان احدهما انه يعرض فان طلب

[illegible] رزقه من بيت المال كانت اجرته على المتنازعين فان الحق
الولد باحدهما استحق الاجرة وعلى من يستحقها فيه وجهان احدهما انه
يستحقها عليهما لان العمل مشترك بينهما في النفي عن احدهما والالحاق
بالاخر وان لم يلحقه بواحد منهما فان كان لاشكاله عليه لم يستحق الاجرة
وان كان لتكافؤ الاشباه ففي استحقاقه الاجرة وجهان احدهما انه يستحقها
اذا قلنا فيه اذا الحقه باحدهما انه يستحق الاجرة عليهما والثاني انه لا
يستحق شيا اذا قلنا انها تختص بالذي يلحقه به فان ادعى رجل نسب
لقيط الحق به نسبه فان ادعاه اخر بعده ففي سماع دعواه وجهان
احدهما ان دعواه مردودة والثاني ان دعواه مسموعة ويعرض على القافة
معهما فان تداعى رجلان نسب لقيط وذكر احدهما فيه علامة باطنة
من خال او شامة لم يقدم دعواه وقال ابو حنيفة يقدم دعواه بذلك
فان ادعى رجل رق اللقيط لم تسمع دعواه الا ببينة فان شهدت له البينة
انه ولد امته فقد قال في اللقيط جعلته [illegible] له وقال في الدعوى
والبينات ان شهدت له البينة بانها ولدته في ملكه جعلته له فمن
اصحابنا من قال يكفي ان يشهد به انه ولد امته وما زادنا كيدا ومنهم
من قال فيه قولان وان شهدت البينة بالملك ولم يذكر سبب الملك
ففيه قولان احدهما انه يحكم له به والثاني انه لا يحكم وان شهدت
البينة له باليد ولم يكن ملتقطا ففيه قولان احدهما انه يحكم له به مع
يمينه والثاني انه لا يحكم له به وحكى في الحاوي وجها اخر ان اليمين

على الوجه الاول استحباب ومن حكم باسلامه باحد من ابويه او بالسابي فحكمه
قبل البلوغ حكم من اسلم بنفسه فان بلغ ووصف الكفر فالمنصوص انه
مرتد فان تاب والا قتل ومن اصحابنا من قال فيه قولان احدهما ما تقدم
والثاني انه يقر على الكفر فان بلغ ولم يصف الاسلام والا الكفر
فقتله قاتل فالمنصوص انه لا قود عليه وقيل يجب عليه القود فاما من حكم
باسلامه بظاهر الدار فحكمه قبل البلوغ حكم من حكم باسلامه بالسابي
فاما اذا بلغ ووصف الكفر فانه يخوف ويهدد فان ابى الا الكفر اقر
عليه ومن اصحابنا من قال هو مرتد فان بلغ اللقيط فقذفه رجل وادعى
انه عبد وقال اللقيط بل انا حر ففيه قولان احدهما ان القول قول اللقيط
والثاني ان القول قول القاذف وان قطع حر طرفه وادعى انه عبد وقال
اللقيط انا حر فالمنصوص ان القول قول اللقيط ومن اصحابنا من قال فيه
قولان كالقذف فان قذف اللقيط رجلا وادعى انه عبد فقلنا يقبل
اقراره فعليه حد العبيد وان قلنا انه حر بظاهر الدار ففيه ثلثة اوجه
احدها ان القول قول المقذوف فيحد حدا كاملا والثاني ان القول قول
اللقيط والثالث انه ان كان حين اقر بالرق اقر لرجل بعينه قبل قوله
وحد حد عبد وان لم يعين السيد حد حد الاحرار فان قطع طرف اللقيط
وهو صغير معتوه فقير فقد نص الشافعي رحمه الله على ان الامام ان يعفو عن
القود على مال ينفقه عليه وان كان عاقلا مميزا ففيه وجهان احدهما
ان القاطع يحبس حتى يبلغ فيختار ما شا من قود او دية والثاني ان الامام العفو

به حكي في الحاوي في وجوب القود على الحر بقتل اللقيط قولين اصحهما انه
يجب عليه ومن اصحابنا من قال ان كان قبل البلوغ فعليه القود وان كان
بعد البلوغ فلا قود عليه لانه قادر على اظهار ما هو عليه فان اقر
اللقيط على نفسه بالرق لرجل وصدقه على ذلك ولم يكن قد سمع منه
اقرار بالحرية قبل ذلك ففيه طريقان من اصحابنا من قال فيه قولان
احدهما انه لا يقبل اقراره والثاني انه يقبل ومنهم من قال يقبل اقراره
قولا واحدا ويكون حكمه في المستقبل حكم الرقيق فاما تصرفاته بعد
البلوغ وقبل الحكم برقه ففيها قولان احدهما انه يقبل اقراره في
جميعها والثاني انه يقبل فيما يضر غيره وهو قول ابي حنيفة واختيار
المزني فان اقر على نفسه لرجل بالرق فكذبه سقط اقراره فان
اقر بعد ذلك به لاخر لم يقبل وقال ابو العباس بن سريج يقبل
فان بلغ اللقيط فادعى رجل عليه انه عبده فانكر فالقول قوله فان
طلبت يمينه فهل يحلف يبنى على القولين في اقراره بالرق ولا وعلى
اللقيط للملتقط وحكي عن بعض الناس انه قال يثبت عليه الولا ولا يرثه وحكي
في الحاوي عن ابي حنيفة انه قال ولاء الملتقطة اذا حكم له الامام بولايه
وقال مالك ولاؤه ثابت لجماعة المسلمين ٥

كتاب الوقف

الوقف يلزم بنفسه من غير اعتبار قبض فيه ولا حكم حاكم وبه قال عامة
الفقهاء وبه قال ابو يوسف وقال محمد يعتبر في لزومه القبض وقال ابو حنيفة
لا يلزم الوقف بنفسه وللواقف الرجوع فيه ولورثته بعده الا ان
يحكم به حاكم او يوصي به بعد موته ويصح وقف كل عين يمكن
الانتفاع بها مع بقائها كالعقار والكراع والسلاح والرقيق والماشية
وقال ابو يوسف لا يجوز وقف الحيوان ولا الرقيق ولا العروض الا
الكراع والسلاح والغلمان والبقر والآلة في الارض المدفونة
بنحالها وعن مالك في الكراع والسلاح روايتان ولا يصح وقف
الدراهم والدنانير وقيل اذا صححنا اجارتها صححنا وقفها وليس بشيء ولا
يجوز وقف الطعام وحكى اصحابنا عن مالك والاوزاعي انهما قالا يجوز
ولم يحكه اصحابه ولا يصح وقف الكلب وقيل اذا صححنا اجارته صححنا
وقفه ويصح وقف المصاحف وكتب الادب والعلم وقال ابو حنيفة
وزفر وابن ابي ليلى لا يجوز وخالفهم ابو يوسف وان وقف حيوانا حاملا
فهل يدخل الحمل في الوقف فيه وجهان احدهما يدخل في الوقف اذا قلنا
يقابله قسط من الثمن والثاني انه يكون للواقف اذا قلنا لا يقابله قسط
من الثمن ذكره في الحاوي ولا يصح وقف ام الولد وقيل يصح وليس بشيء ويصح
وقف المشاع وبه قال مالك وابو يوسف وقال محمد لا يصح ويزول ملك
الواقف عن الوقف وخرج ابو العباس فيه قولا اخر انه لا يزول ملكه
عنه وبه قال مالك وفيمن ينتقل اليه طريقان احدهما فيه قولان اصحهما
انه ينتقل الى الله عز وجل وهو قول ابي حنيفة في الموضع الذي يوافقنا
فيه والثاني انه ينتقل الى الموقوف عليه والطريق الثاني انه ينتقل

الى الله قولا واحدا ومن اصحابنا من قال ينتقل الى الموقوف عليه قولا واحدا
وهذه طريقة ضعيفة فان قلنا انه ينتقل الى الموقوف عليهم فهل يقضى فيه
باليمين مع الشاهد فيه وجهان فان وقف على حربي او مرتد ففيه
وجهان اصحهما انه لا يجوز والثاني انه يجوز كما يجوز للذمي وذكر في
الحاوي انه اذا وقف دارا على فقرا اليهود ليسكنوها ولا يسكنها
فقرا غيرهم فهل يصح فيه وجهان احدهما يصح كما يصح الوقف على
فقرائهم والثاني لا يصح لانها تصير كالكنيسة فان وقف على دابة
رجل ففيه وجهان احدهما انه لا يجوز والثاني يجوز ذكر
الشيخ ابو حامد رحمه الله ان الوقف على العبد والمكاتب
وام الولد لا يصح وذكر القاضي ابو الطيب رحمه الله انه لا يصح الوقف
على العبد وذكر في الحا المجرد ان الوقف على البهيمة يصح في
ظاهر المذهب ويكون ذلك وقفا على صاحبها الا انه ينفق منه عليها
واذا نفقت يكون لصاحبها واما العبد فاذا قلنا لا يملك فهو
كالبهيمة وان قلنا انه يملك صح الوقف عليه وملكه وكان لسيده
اخذه منه واذا اعتق كان له دون سيده ولا يصح ان يقف على نفسه
ولا ان يشترط لنفسه منه شيئا وقال ابن ابي ليلى وابن شبرمة وابو
يوسف واحمد يصح وهو قول ابي العباس والزبيري فان كان الوقف
متصل الابتدا منقطع الانتها بان يقول وقفته على اولادي واولاد
اولادي وما تناسلوا وتعاقبوا ففيه قولان احدهما انه باطل وهو قول محمد بن

الحسن والثاني انه يصح وهو قول مالك فعلى هذا اذا انقرض من سماه صرف الى
قرابة الواقف لا بحكم الارث وهل يعتبر فيهم الفقر فيه طريقان قال
ابو اسحق يعتبر فيهم قولا واحدا ومنهم من قال فيه قولان احدهما انه يشترك
فيه الغني والفقير والثاني انه يختص به الفقرا منهم وقال ابو يوسف
اذا انقرض الموقوف عليهم رجع الى الواقف او الى ورثته الى ان
يكون صدقة موقوفة ينفق منها على فلان فاذا انقرض المسمى كانت
للفقرا والمساكين ويستحقها الاقرب فالاقرب من اقاربه الانثى والذكر
فيه سوا وان كان الوقف منقطع الابتدا متصل الانتها بان وقف
على ام ولده ثم على الفقرا والمساكين او وقف على حمل ثم على الفقرا
والمساكين او على رجل بعينه ثم على الفقرا والمساكين فرد الرجل
الوقف عليه فانه يبطل في حقه بالرد وان لم يفتقر الى القبول فمن اصحابنا
من قال يبطل قولا واحدا ومنهم من قال فيه قولان احدهما انه باطل
والثاني انه صحيح فيما يجوز فعلى هذا ان كان الموقوف عليه
ابتدا ممن لا يمكن اعتبار انقراضه بان يكون قد وقفه على مجهول
او ميت فانه يكون في الحال لمن يجوز الوقف عليه وان كان ممن يمكن
اعتبار انقراضه ففيه ثلثة اوجه ذكرها الشيخ ابو حامد احدها انه يرجع
الى الواقف او الى وارثه ثم الى اهل الوقف والوجه الثاني انه يكون
لاهل الوقف في الحال والثالث انه يرجع الى قرابة الواقف وهل
يعتبر فيهم الفقر على ما ذكرناه قال الشيخ ابو نصر رحمه الله الوجه

له القاضي ابو الطيب وهو بعيد والوجه الثالث هو الاقيس فان
كان الوقف متصلا وشرط رجوعه اليه ففيه وجهان احدهما وهو قول
ابي العباس بن سريج انه يرجع اليه والثاني وهو الاصح انه لا يرجع اليه فان
وقفا مطلقا بان يقول وقفت هذه الدار صدقة موبدة محرمة ففيه قولان
احدهما انه يصح والثاني انه لا يصح فاذا قلنا يصح ففي مصرفه ثلثة اوجه حكاها
ابو العباس بن سريج اصحها انه يصرف الى الفقرا والمساكين والثاني
انه يصرف في وجوه البر والخير والثالث ان الاصل وقف المنفعة له ولورثته
وورثة ورثته فاذا انقرضوا ففي مصالح المسلمين والفاضلة حبست وسبلت
ووقفت وهي صريحه فاما حرمت وابدت ففيها وجهان احدهما ان
ذلك كناية يفتقر الى قرينة والثاني انه صريح ولا يصح الوقف
من غير لفظ وقال ابو حنيفة اذا بني مسجدا واذن للناس في الصلوة فيه
او جعل ارضا مقبرة واذن للناس فيها صار وقفا فان وقف
وقفا وشرط النظر فيه لنفسه جاز وان اطلق ففيه وجهان حكاهما
القاضي ابو الطيب رحمه الله بناء على القولين فيمن ينتقل اليه الملك في
الوقف فان قلنا لا ينتقل اليه فالنظر الى الحاكم وان قلنا ينتقل اليه
فالنظر له وحكي فيه وجه ثالث ان النظر فيه للواقف فان شرط
النظر لافضل اقاربه وفيهم ذكور واناث فهل تعتبر الافضل
من الفريقين او من الذكور فيه وجهان ويملك الموقوف غلة الوقف
فان كان في البطن الاول في الوقف جماعة فلم يختر واحد منهم نصيبه

من غلة الوقف فالى من يرد فيه وجهان ذكرهما في الحاوي احدهما انه يرد
على من معه في الدرجة والثاني انه يصرف الى الفقرا والمساكين فان احبل
من الموقوف ولد فهل يملكه الموقوف عليه فيه وجهان احدهما انه
يملكه والثاني انه يكون وقفا مع الام وذكر فيه وجه ثالث انه
يصرف الى اقرب الناس بالواقف وقيل هو قول ابي علي بن ابي هريرة وحكي
ايضا في مهر الموقوفة اذا وطئت بشبهة فيمن يكون له ثلثة اوجه وفي تزويج
الجارية الموقوفة وجهان احدهما تجوز والثاني لا تجوز فان قلنا ينتقل الملك
فيها الى الله عز وجل زوجها الحاكم ولا يزوجها الا باذن الموقوف
عليه وان قلنا ينتقل الملك الى الموقوف عليه فالتزويج اليه فان اتلف الواقف
او اجنبي العين الموقوفة وجبت عليه القيمة وفيما يفعل بها طريقان احدهما
انا قلنا الملك للموقوف عليه فالقيمة له يتصرف فيها وان قلنا الملك لله
اشتري بها ما يقوم مقامها والطريق الثاني انه يشتري بها ما يقوم
مقامها قولا واحدا وهو الاصح فان جنى العبد الموقوف جناية توجب
المال لم يتعلق برقبته فان قلنا الملك للموقوف عليه فالارش عليه
وهذا يدل على ضعف هذا القول وان قلنا ان الملك لله ففيه ثلثة
اوجه اصحها انه على الواقف وهو قول ابي اسحق والثاني انه يجب
في بيت المال والثالث انه في كسبه فان جعل النظر في الوقف الى
اثنين من افاضل ولده فرد الولاية ثم طلباها فهل يثبت لهما فيه وجهان
انهما احق فان شرط ان يبيع الوقف متى شا بطل الوقف وقال ابو

يوسف في احدى الروايتين يصح الوقف فان قال وقفت على اولادي واولاد
اولادي اولادي دخل فيه اولاد البنين واولاد البنات وحكي عن عيسى بن
ابان انه اخرج ولد البنات من الوقف وكان قاضيا على البصرة وبلغ
ذلك ابا حازم ببغداد فقال اصاب لان محمدا قال لو اخذ الامان لولده
وولد ولده دخل فيه اولاد البنين دون اولاد البنات فان اختلفوا في
تفضيل او ترتيب ولا بينة تشهد واقتسما او اختلف الناظر في الوقف واهل
الوقف في ذلك ففيه وجهان احدهما ان القول قول اهل الوقف والثاني
ان القول قول الناظر وان وقف على البنين والبنات ففي دخول الخنثى فيه وجهان
وان وقف على بني تميم فهل يدخل فيه الاناث اذا قلنا يصح الوقوف عليهم
ففيه وجهان احدهما انهن لا يدخلن فيه فان وقف على اولاده ثم على
الفقرا والمساكين لم يدخل فيه ولد الولد وحكي عن مالك انه قال يدخل فيه اولاد
اولاده فان سفلوا وخرجه ابو علي الطبري قولا للشافعي رحمه الله فان وقف
على اهل بيته قال ثعلب اهل بيت الرجل عند العرب اباه ونسل
ابائه من الاخوة واولادهم والاعمام واولادهم دون الولد هذا الذي
حكاه الشيخ ابو نصر رحمه الله وحكى غيره فيه ثلثة اوجه احدها من
ناسبه الى الجد والثاني انه من اجتمع معه في الرحم والثالث كل من
اتصل به بسبب او نسب وهذا ظاهر الخبر المروي وان وقف
على اله ففيه وجهان احدهما انهم اهل بيته والثاني انهم من دان بدينهم
فان قال وقفت هذا على اولادي فاذا انقرض اولادي واولاد اولادي

فعلى الفقرا والمساكين والوقف على اولاده صحيح اذا قلنا ان الوقف
المنقطع صحيح فاذا انقرض اولاده ففيه وجهان احدهما انه يكون
لاقرب الناس بالواقف فاذا انقرض اولاد اولاده كان للفقرا
والمساكين والوجه الثاني انه يكون لاولاد اولاده بعد اولاده
فان قال وقفته على ولدي وولد ولدي ابدا على ان من مات منهم
وله ولد كان ما كان له لولده ومن مات ولا ولد له كان لاهل
الوقف قال الشيخ ابو نصر رحمه الله لم يذكر اصحابنا انه على
الترتيب او التشريك وينصرف ولد الميت في نصيب ابيه فظاهر
قولهما انه على الترتيب لقوله على ان من مات منهم وله ولد كان
ما كان له لولده يدل على انه اراد الترتيب قال الشيخ ابو نصر رحمه الله
ويحتمل وجها اخر انه يكون على التشريك بينهم فان وقف
على ولده وكان الاب الواقف احد ورثته فهل يرجع عليه من
ذلك فيه وجهان احدهما انه يرجع عليه وهو قول ابي العباس بن
سريج والزبيري والثاني انه لا يرجع عليه ولا على الباقين من
ورثته لانهم انما ياخذون قدر ميراثهم ولا ياخذون من ميراث
غيرهم والاول فان قال وقفت هذا على قرابتي دخل فيه من يعرف
بقرابته ويدخل فيه من يحدث بعد الواقف من اقاربه وحكي
البويطي انه لا يدخل فيه وليس بصحيح فان قال له اب وابن استويا فيه
في احد الوجهين وفي الثاني يقدم الابن وان كان له جد واخ استويا.

فيه في احد الوجهين والثاني يقدم الاخ فان كان له جدتان احدهما تدلي
بقرابتين فهي اولى من التي تدلي بقرابة واحدة وقيل انهما سوا اذا
قلنا انهما يشتركان في السدس بحكم الارث فان وقف على مواليه
وله مولى من اعلى ومولى من اسفل ففيه ثلثة اوجه احدها انه يصرف
اليهما والثاني انه يصرف الى المولى من اعلى والثالث ان الوقف
باطل فان وقف وقفا على انه اذا احتاج باعه فالوقف باطل
وحكي عن مالك انه يصح فان وقف وقفا على قوم على انه يخرج منهم
من شا بصفة ويدخل فيه من شا بصفة من فقر او غنى فذلك
شرط صحيح معمول به وان شرط ان يدخل فيه ويخرج من شا ففيه
وجهان اصحهما انه لا يصح الوقف فاذا قلنا يصح فانما يصح اذا عين قوما ثم
عزله ان يدخل من شا فيه او يخرج منهم من شا فاذا فعل ذلك مرة
واحدة فهل له الزيادة عليها فيه وجهان احدهما انه ليس له والثاني
له ذلك ما عاش ذكره في الحاوي فان وقف على الارامل
فهل يدخل في اطلاقه من لا زوجة له من الرجال فيه وجهان وان
وقف على جيرانه فقد قيل هم من ينسب الى سكنى محلته وقال
بعضهم من ليس بينك وبينه اربعون دارا فان قال وقفت هذا على زيد
وعمرو وبكر ثم على الفقرا والمساكين فمات زيد يصرف نصيبه
الى من بقي من اهل الوقف فاذا انقرضوا صرف الى الفقرا والمساكين
والاول هو المنصوص عليه الشافعي رحمه الله ارضه في يد رجل فاقر ان

زيدا وقفها على ولديه خالد وعمرو ثم على اولادهما ثم على الفقرا والمساكين
ولم يكن لزيد وارث سواهما فكذباه وصدقه اولادهما وباعا الملك
وماتا لم يؤثر تصديق اولادهما في حق المشتري ويوخذ من تركة
المتبايعين قيمة الارض ففيما يصنع بها وجهان احدهما انه يشترى بها
مثل تلك الارض تجعل وقفا وعندي ان هذه القيمة ينبغي ان تبنى على قيمة العبد
الموقوف اذا اتلف لمن يكون فيه وجهان احدهما انها تكون للموقوف عليهم
فعلى هذا يكون هاهنا الاولاد والثاني انه يشترى بها مثله يكون وقفا
فان وقف مسجدا فخرب او خرب الذي كان فيه وانقطعت الصلوة فيه لم يعد
الى الملك ولم يجز التصرف فيه ولا يجوز نقضه ولا نقله الى غيره وبه قال
احمد اذا خربت الدار الموقوفة جاز بيعها وصرف ثمنها الى وقف اخر وكذلك
المسجد اذا خربت المحلة جاز نقضه وصرف آلته الى مسجد اخر وقال محمد بن
الحسن اذا خرب المسجد عاد ملكا للواقف فان انقلعت نخلة من الوقف
او انكسرت بحيث لا ترجع فقد حكى القاضي ابو الطيب رحمه الله فيها وجهين
احدهما انها تباع فعلى هذا ينبغي ان يكون ثمنها بمنزلة قيمة العبد
الموقوف اذا اتلف فان جعل داره مسجدا كان فيه كسائر الناس وحكي
في الحاوي عن ابي حنيفة انه قال هو احق بالاذان والامامة فيه وحكي
عن سفين انه قال في المسجد اذا خرب وخربت المحلة انه لا يعود الى ملكه
ولكن يباع ويشترى بثمنه موضع في محلة عامرة فيجعل مسجدا فان فضل
من غلة وقف المسجد شيا عن عمارته ففيه وجهان احدهما وهو قول

عن علي بن ابي هريرة انه يكون محفوظا للمسجد لجواز ان يحتاج اليه والثاني
وهو قول ابي الحسين ابن القطان انه يشتري به عقار يوقف على المسجد
لانه احوط اذا وقف على سبيل الله صرف الى الغزاة الذين لهم معاش
اذا نشطوا غزوا ودون اهل الفيء وحكي عن احمد انه قال الحج من سبيل
الله فان وقف على بعض ورثته في حال مرضه وقف على اجازة الباقين
فان ردوه بطل وكذا اذا وصى بالوقف وقال احمد في احدى الروايتين
عنه اذا خرج من الثلث لزم فان وقف وقفا على عمارة المسجد
جاز ان يصرف من غلته الى قوامه وهل يشتري منه دهنه وقناديله
فيه وجهان ويجوز ان يشتري منه حصره وبواريه كتاب الهبات
المستحب ان لا يفضل بعض اولاده على بعض في الهبة فان فاضل بينهم
جاز وبه قال مالك وابو يوسف وابو حنيفة وقال شريح واحمد واسحق
ومحمد بن الحسن يستحب ان يعطي الذكر مثل حظ الانثيين فان فضل
بعضهم على بعض جاز ولم يجب الاسترجاع وبه قال ابو حنيفة ومالك وقال
طاوس لا تصح الهبة وقال احمد وداود يسترجع ذلك ويجوز هبة المشاع
وبه قال مالك وقال ابو حنيفة واصحابه لا يصح هبة المشاع الذي يمكن
قسمته وتصح هبة المشاع الذي لا يمكن قسمته وان وهب واحد
من اثنين شيئا مما ينقسم لم يجز عند ابي حنيفة وزفر ويجوز عند ابي يوسف
ومحمد ولا يلزم الهبة الا بالقبض وبه قال ابو حنيفة والثوري وقال احمد
في اصح الروايتين عنه انها اذا كانت معينة لزمت من غير قبض وقال

مالك الهبة تلزم بمجرد الايجاب والقبول ولا يصح القبض الا باذن الواهب قال
قبض بغير اذنه لم يصح وقال ابو حنيفة اذا قبضه في المجلس بغير اذن الواهب
صح القبض وان قام من المجلس لم يصح قبضه بغير اذنه فان وهب ولم يسلم
ثم باع الواهب العين فان كان يعتقد ان الهبة قد تمت فهل يصح بيعه
فيه وجهان احدهما لا يصح والثاني انه يصح واصل ذلك اذا باع مال
موروثه معتقدا انه حي فان وهب واقبض فانه يملك بالعقد والقبض
ومن اصحابنا من قال يملك بالعقد اذا اتصل به القبض ويكون الملك موقوفا
مراعى فان وهب ومات قبل القبض فهل ينفسخ الهبة فيه وجهان
احدهما ينفسخ وقال اكثر اصحابنا لا ينفسخ ويكون الوارث بالخيار ويفتقر
الهبة الى القبول على الفور ذكره القاضي ابو الطيب والشيخ ابو حامد في
التعليق قال الشيخ ابو حامد وظاهر قول ابي العباس بن سريج انه يصح على
التراخي قال وهذا غلط وحكى في الحاوي عن الحسن البصري ان القبول
لا يعتبر في الهبة كالعتق ذكره في الحاوي ان الهدايا تخالف الهبات
في الافتقار الى القبول لان الهدية ليس فيها عقد فيفتقر فيه الى القبول
بل اذا دفعها المهدي فقبض فقد ملك والهدايا تختص بالماكولات
وما اشبهها والهبات فيما زاد على ذلك وهذا اختيار خارج عن اقوال
اصحابنا في المعاطاة فان المشهور ان البياعات والهبات تنعقد بالمعاطاة
وكذلك الهدايا واختار الشيخ ابو نصر رحمه الله انه يصح للجميع بالمعاطاة اذا
وهب لغيره شيئا هو في يده وديعة او غصبا واذن له في قبضه ومضى زمان

اتى فيه القبض صار مقبوضا فلزمت الهبة وان لم ياذن له في القبض ومضى زمان
يتاتى فيه القبض فهل يصير مقبوضا فيه طريقان احدهما ان في الرهن والهبة
جميعا قولين والثاني الفرق بينهما تجوز للوالد ان يرجع فيما وهب من ولده حقيقة
ومجازا كولد الولد وبه قال الاوزاعي واحمد وقال مالك تجوز ان يرجع فيما
وهب من ولده لصلبه اذا لم ينتفع به واما اذا انتفع به او زوج لاجله لم تجز
ان يرجع فيه وقال ابوحنيفه والثوري لا تجوز له الرجوع في هبته له بحال
وكذا في الهبة من كل ذي رحم محرم وان تصدق على ولده رجع فيه
على المنصوص ومن اصحابنا من قال لا يرجع فيه فان وهب من ولده شيا
فوهبه الولد من ولده فهل للجد الرجوع فيه فيه وجهان احدهما تجوز
له والثاني لا تجوز له والثاني لا تجوز فان وهب من اولاده شيا فاراد ان يرجع
في هبته لبعضهم فهل يكره فيه وجهان فان تداعيا نسب لقيط ووهبا
له شيا فلحق باحدهما فهل للاخر الرجوع فيما وهبه له فيه وجهان وحكي
عن ابي العباس بن سريج انه قال انما يرجع الاب فيما يهب من ولده اذا قال
قصدت بالهبة بره لي واكرامه فلم يفعل واذا لم يكن كذلك لم يرجع
وان وهب من غير ولده شيا لم يرجع فيه وقال ابوحنيفه اذا وهب من غير
ذي رحم محرم من الاجانب رجع فيه الا احد الزوجين فيما يهبه من الاخر
فان زاده غير متميزة لم تمنع الرجوع وقال ابوحنيفه تمنع من الرجوع الا ان
تكون الزيادة ان يتعلم القران او يسلم او يقضي عنه دينا وقال محمد
بن الحسن يمنع من الرجوع في هذه المواضع ايضا فان وهب منه ثوبا فقصره

فهل تجري هذه الزيادة مجرى العين فيها قولان وان حملت في يد الموهوب له وقلنا
لا حكم له رجع فيها حاملا وان قلنا له حكم رجع في الام دونه وان وهبها وهي حامل
ورجع فيها والولد منفصل وقلنا لا حكم له كان الولد للموهوب له وان قلنا
له حكم رجع فيه ايضا فان كاتب الموهوب له العبد الموهوب او وهبه
من غيره لم يرجع فيه فان عاد اليه بفسخ الكتابة رجع فيه وحكى القاضي
ابو الطيب رحمه الله وجها اخر انه لا يرجع فان باعه ثم عاد اليه فهل للواهب
الرجوع فيه فيه وجهان فان وطيها الواهب لم يكن رجوعا في احد الوجهين
وفي الثاني يكون رجوعا فان وهب الاب لابنه الصغير شيا وقبله له
وقبضه لزمت الهبة ولا فرق بين العروض والنقود وبه قال ابوحنيفه
وقال مالك اذا وهب له شيا يعرف بعينه كالعروض جاز وصح قبضه
له فان وهب له ما لا يعرف بعينه كالدراهم والدنانير فلا تجوز الا ان يضعها
على يد غيره ويشهد عليها هبة الادنى للاعلى لا يقتضي الثواب في قوله
الجديد وهو قول ابي حنيفه وقال في القديم يقتضي الثواب وبه قال مالك
فان قلنا لا يقتضي الثواب فشرط فيها ثوابا معلوما صح وقيل لا يصح وان
قلنا انها تقتضي الثواب فالموهوب له بالخيار بين ان يثيبه وبين ان يرد
عليه الشي الموهوب وفي قدر الثواب ثلثة اقوال احدها انه يثيبه حتى
يرضى او يرده والثاني انه يثيبه بقدر قيمته وبه قال مالك والثالث انه
يثيبه ما يكون ثوابا لمثله في العادة وللواهب ان يرجع في العين ان كانت
باقيه وهل يرجع بقيمتها ان كانت تالفة فيه وجهان احدهما انه لا يرجع بها

والثاني انه يرجع اذا لم يثبته وان كانت العين ناقصة فرجع فيها فهل يرجع
بارش نقصانها فيه وجهان فان شرط فيها ثوابا مجهولا صح وان شرط
ثوابا معلوما صح في اصح القولين ۝

فصل في العمرى

والعقبي العمرى نوع من الهبات يفتقر الى الايجاب والقبول والقبض وهو
ان يقول عمرتك هذه الدار وجعلتها لك عمري او عمرك فذلك جائز على
قوله الجديد وهو قول ابي حنيفة وحكي عن الزهري انه قال لم يكن الخلفا
يقضون بها وقال بعض الناس لا تجوز واختلف اصحابنا في قول الشافعي
رحمه الله في القديم فقال ابو اسحق قوله في القديم انها جايزة وتكون
للمعمر مدة حيوته فاذا مات عادت الى المعمر قال كثير من اصحابنا
قوله القديم انها فاسدة ولا يكون للمعمر ولا ينتقل الى ورثته وقال مالك
يكون للمعمر السكنى فاذا مات عادت الى المعمر او الى ورثته
فان قال اعمرتكها فاذا مت عادت الي وقلنا بقوله الجديد فانها
تكون للمعمر ويسقط الشرط واما الرقبى فهو ان يقول ارقبتكها
او جعلتها لك رقبى ويسلمها اليه فيملكها على قوله الجديد ويكون
لورثته بعد موته وبه قال ابو يوسف وقوله القديم على الاختلاف الذي
تقدم وقال ابو حنيفة ومحمد الرقبى لا يملك بها ويكون عارية اذا كان
له دين في ذمة رجل فوهبه منه كان ذلك ابراء عنه وهل يفتقر الابرا الى
القبول فيه وجهان احدهما يفتقر الى القبول حكي عن ابي علي بن ابي هريرة ۝

كتاب الوصايا ۝

من تثبت له الولاية على مال ولده لم يكن له ولي بعده من النسب ملك الوصية
فيه الى من ينظر فيه ولا يملك الوصية بتزويج ابنته وقال ابو ثور يجوز ان
يوصي الى رجل في تزويجها بحكم الوصية وقال مالك ان كانت كبيرة ملك
تزويجها بالوصية وكذلك اذا كانت صغيرة وعين الزوج للوصي ملك تزويجها
منه في وصية الصبي المميز والكبير المبذر قولان احدهما انها لا تصح والثاني
انها تصح وحكي في الحاوي في المبذر انا اذا قلنا في الصبي المميز لا يصح ففي المبذر
وجهان فان اوصى بما زاد على ثلثه ولا وارث له بطلت الوصية فيما زاد
على الثلث وقال ابو حنيفة الوصية صحيحة في جميع ماله فان كان له
وارث ففي الوصية فيما زاد على الثلث قولان احدهما انها باطلة والثاني
انها تصح ويقف على اجازة الورثة فان وصى بعبد فاجاز الوارث
الوصية وقال اجزت لاني ظننت ان المال كثير وبان قليلا ففيه
قولان احدهما ان القول قوله والقول الثاني ان الوصية لازمة فان اجاز
الورثة الوصية في حيوته لم تنفذ الاجازة وقال الحسن البصري وعطا
تنفذ الاجازة سوا كانت في المرض او في الصحة وقال مالك والاوزاعي وابن
ابي ليلى ان كانت الاجازة في حال المرض نفذت واختلف اصحابنا في
الوقت الذي يعتبر فيه قدر المال للخروج من الثلث فمنهم من قال يعتبر
قدره حال الوصية وهو قول مالك فعلى هذا لا يدخل في الوصية من المال
الا ما كان موجودا عند الوصية لا ما يحدث بعدها والمذهب انه يعتبر
قدر المال حين الموت فان وصى ببيع ماله من رجل من غير محاباة ففيه

وجهان احدهما انه يصح والثاني لا يصح وان وصى لحربي ففي صحة الوصية وجهان
احدهما وهو قول ابن القاضي وقول ابي حنيفة انها لا تصح والمذهب انها تصح
وهو قول احمد وفي الوصية قولان احدهما انها لا تصح وهو قول ابي
حنيفة والثاني انها تصح فان قتل المدبر مولاه وقلنا ان التدبير عتق بصفة
عتق وان قلنا انه وصية وقلنا ان الوصية للقاتل لا تصح لم يعتق وان قلنا
انها تصح عتق من الثلث وفي الوصية للوارث قولان احدهما انه يصح
فان اوصى لما تحمل هذه المراة لم تصح الوصية وقال ابو اسحق تصح فان وصى
لعبد غيره كانت الوصية لمولاه وهل يصح قبوله لها بغير اذن مولاه فيه
وجهان وان وصى بما تحمله هذه الجارية او الشجرة صحت الوصية على
ظاهر المذهب فان كانت الوصية لمعين افتقرت الى قبوله في لزومها
ولا يصح قبولها الا بعد الموت ويصح القبول على التراخي وحكى ابو القسم بن كج
عن بعض اصحابنا ان القبول يكون على الفور فاذا قبل الوصية ملك وفي
وقت الملك قولان منصوصان احدهما انه يملك بالموت والقبول
والثاني انه موقوف فاذا قبل تبينا انه يملك بالموت وان لم يقبل تبينا
انه لم يملك وروى ابن عبد الحكم قولا ثالثا انه يملك بالموت فان
رد الموصى له الوصية بعد الموت والقبول وقبل القبض لم يصح الرد في اقيس
الوجهين وفي الثاني يصح وهو المنصوص عليه فان مات الموصى له بعد موت
الموصي وقبل القبول ثبت الخيار في القبول لورثته وحكى فيه وجه اخر انها
تبطل وقال ابو حنيفة يلزم الوصية وينتقل الملك الى ورثة الموصى له وان

مات قبل موت الموصي بطلت الوصية وحكي عن الحسن البصري انه قال لا تبطل
اذا وصى بامة لزوجها وهو حر ولم يعلم بالوصية حتى وضعت منه اولادا بعد
موت سيدها فقبل الوصية عتقوا عليه بملكه اذا قلنا يملك بالقبول
وان قلنا يتبين انه ملك بالموت تبينا انهم خلقوا احرارا وانفسخ النكاح فان
وضعت الامة الولد قبل موت الموصي وبعد الوصية وكان موجودا حال
الوصية وقلنا لا حكم له لم يدخل في الوصية وان قلنا له حكم دخل في الوصية
واحتاج الى قبوله فيه وان وضعته بعد موت الموصي وقبل القبول
لستة اشهر من حين الموت فان قلنا انها تتبين انه ملك من حين الموت
فهذا الولد قد خلق حرا ولا ولاء عليه وان قلنا انه يملك بالقبول فهو لورثة
الموصي لانه حدث في ملكهم وان وضعته لدون ستة اشهر من حين
الموت وستة اشهر من حين الوصية وقلنا للحمل حكم لم يدخل في الوصية
وكذا ان قلنا لا حكم له وقلنا يملك بالقبول وان قلنا يتبين انه ملك من حين
الموت فالولد قد حدث على ملك ابيه فيعتق عليه وان وضعته لدون
ستة اشهر من حين الوصية فقلنا للحمل حكم فهو داخل في الوصية
فيملك بالقبول ويعتق عليه وان قلنا لا حكم له وقلنا انه يملك بالقبول
فقد حدث على ملك الورثة وان قلنا تبين انه ملك من حين الموت فقد
عتق على الاب ولا تصير الجارية ام ولد وقال ابو حنيفة يدخل في الوصية
بكل حال لانه بموت الموصي يلزم الوصية فان مات الموصى له قبل القبول
وقبل ورثته الوصية فهل يقضي ديون موروثهم من ذلك فيه وجهان

احدهما ان الملك يثبت لمورثهم بقبولهم فيقضي منه ديونه والثاني ان
الملك يثبت لهم لا لمورثهم ولا يقضي منه ديونه

باب ما يعتبر من الثلث

ما يجب من حقوق الله من حج وزكوة وحقوق الادميين تعتبر من راس
المال فان اوصى بها او لم اوصى بها ولم يعين محلها ففيها ثلثة اوجه احدها
انها تعتبر من الثلث وهو ظاهر النص والثاني وهو قول ابي علي بن ابي
هريرة انه ان لم يقرن بها ما يعتبر من الثلث اعتبر من راس المال وهو
الاصح وحكي عن ابي طيب بن سلمة وابي حفص بن الوكيل في الحج انهما اخرجا
المسلة على قولين احدهما يعتبر من الثلث وحكي عن ابي علي بن خيران انه قال
يعتبر اجرة المثل من دويرة اهله الى الميقات من الثلث واجرة المثل
من الميقات من راس المال او من اصحابنا من فرق بين الحجة المنذورة وحجة الاسلام
وكل موضع قلنا يحج عنه من ثلثه ففيه وجهان احدهما يحج عنه
من دويرة اهله والثاني من الميقات وان قلنا يعتبر من راس المال فانه
يحج عنه من الميقات فان وهب له من يعتق عليه في مرضه فقبله
عتق من ثلثه عليه ولم يرثه وقال ابو العباس يعتبر عتقه من راس المال
ويرثه عتق عليه من راس المال في اصح الوجهين وان قبل الوصية في ابيه
وعليه دين قال ابن الحداد عتق وهذا اذا قلنا يعتق من راس ماله وان قلنا
انه يعتق من ثلثه ففيه وجهان احدهما انه لا يعتق ها هنا ويباع في الدين
والثاني انه لا يصح قبوله ويعتبر العتق في مرض الموت من الثلث وحكي

عن مسروق انه قال العتق يعتبر من راس المال فان كان في الحرب وقد التحمت
والطايفتان متكافيتان او كان في البحر وقد تموج او في اسر كفار يرون
قتل الاسارى ونحو ذلك ففيه قولان احدهما انه كالمرض المخوف فيعتبر
تبرعاته في هذه الاحوال من الثلث والثاني انه كالصحيح وان قدم ليقتل قصاصا
ففيه طريقان قال ابو اسحق هو القولين المتقدمين ومن اصحابنا من قال
لا يعتبر عطيته من الثلث فان قال في مرضه المخوف لسالم ان اعتقت غانما
فانت حر حال عتق غانم ثم اعتق غانم فمن اصحابنا من قال يعتق غانما اذا لم تخرجا
من الثلث وحكي في الحاوي وجها اخر عن ابي العباس بن سريج انهما سوا
فيعتق احدهما بالقرعة كما لو اعتقهما مباشرة قال الشيخ الامام ابو اسحق
رحمه الله وعندي انه لا يعتق واحد منهما فان صدر منه في مرض موته
تبرعات بعضها عتق بعضها هبات ففيها قولان احدهما ان الثلث يقسم بين
الجميع عند ضيقه عن احتمال الكل والثاني انه يقدم العتق وان كان
بعضها كتابة وبعضها هبات ففيها طريقان احدهما انه لا يقدم الكتابة
قولا واحدا والثاني انها على القولين فان وصى ان يحج عنه حجة الاسلام
من الثلث او يقضي دينه من الثلث ووصى مع ذلك بتبرعات ففيه وجهان
احدهما انه يقسط الثلث على الجميع والثاني انه يقدم الحج والدين وفي
الوصية بحج التطوع قولان لا يصح احدهما لا يصح اذا كان له مائة حاضرة وماتان
في موضع غايب فاوصى لرجل بالمائة الحاضرة وللموصى له ثلث الحاضرة ويوقف
الثلثان فاذا اراد الموصى له ان يتصرف في ثلث الحاضرة ففيه وجهان

ابرؤها بحور وقال مالك الوارث بالخيار بين ان يسلم المائة الحاضرة عاجلاً
ويتسلم الغايب وبين ان يسلم اليه ثلث المائة الحاضرة وثلث المائتين
فيصير الموصى له شريكا في المائة الحاضرة وشريكا في المائتين الغايبتين
وان دبر عبدا له قيمته مائة وله مائتان غايبتان ففيه وجهان احدهما
انه يعتق ثلث العبد والثاني انه لا يعتق منه شيء وهو ظاهر المذهب
اذا اوصى لرجل بثلث عبد فاستحق ثلثاه وثلث ماله يحتمل الثلث
الباقي من العبد نفذت الوصية فيه على المنصوص وقال ابو ثور وابو
العباس بن سريج وزفر لا تنفذ الوصية فيه مات رجل وخلف
ابنين وعشرة دراهم عينا وعشرة دينا على احد الابنين واوصى
لرجل بثلث ماله فانه يستحق الموصى له ثلث العين وثلث الدين
والثلثان بين الابنين وفي استيفاء الابن الذي عليه الدين بحقه
وجهان احدهما انه يستوفي حقه من العين ويبرا من حصته من الدين
ويعطي اخاه حصته من الدين والثاني انه يحتسب عليه بحقه الدين
الذي عليه ويكون العين للابن الاخر وهو اختيار ابي العباس بن سريج
فان اوصى لرجل بمنفعة عبد سنة ففي اعتبارها من الثلث وجهان
احدهما انه يقوم العبد كامل المنفعة ويقوم مسلوب المنفعة في
مدة سنة فيعتبر ما بينهما من التفاوت من الثلث والثاني انه
يقوم المنفعة سنة ويعتبر قدرها من الثلث ولا يقوم الرقبة فان
لم تكن تركة سوى العبد الموصى بخدمته سنة ففي كيفية

استخدام الموصى له سنة ثلثة اوجه حكاها ابو العباس بن سريج احدها انه يستخدمه
سنة متوالية ثم تخلص بعد ذلك استخدامه للورثة والثاني انه يستخدم
ثلث العبد سنة ويستخدم الورثة ثلثيه حتى يستكمل للموصى له خدمة
سنة في ثلث سنين والثالث انه تجعل بينهم مهاياة للموصى له
يوم وللورثة يومان وذكر ان الاول اصح وان اوصى له بمنفعة عبد
على التابيد ففي كيفية اعتبار منفعته من الثلث ثلثة اوجه احدها
ان المنفعة يقوم في حق الموصى له ويقوم الرقبة مسلوبة المنفعة
وكم قيمة المنفعة فيعتبر من الثلث مثاله ان يقال تساوي مائة ومسلوب
المنفعة يساوي خمسين فيعتبر ذلك من ثلث التركة والثاني يقوم
المنفعة في حق الموصى له ولا يقوم الرقبة في حق الموصى له ولا في حق
الوارث والثالث وهو المنصوص عليه ان يقوم الرقبة بمنافعها
في حق الموصى له ويعتبر من الثلث وهو اختيار ابي العباس بن سريج ويكون
الرقبة مملوكة للورثة وحكي فيه وجه اخر على هذا الوجه ان الرقبة
تصير ملكا للموصى له بالمنفعة وان لم يملك بيعها ولبس بشي وان اوصى لرجل
بثمرة بستانه على التابيد قوم جميع البستان في الاعتبار من الثلث في
احد الوجهين وفي الوجه الثاني يقوم مثمرا ويقوم مسلوب الثمرة ويعتبر
التفاوت بينهما من الثلث فان كان الذي يحتمله الثلث النصف كان للموصى
له من ثمرة كل عام النصف والباقي للورثة وان اوصى بثمرة بستانه عشر
سنين فمن اصحابنا من ابطل هذه الوصية والمذهب انها صحيح وفيما يقوم

من الثلث وجهان احدهما انه يقوم البستان مثمرا ويقوم مسلوب الثمرة عشر سنين
ويعتبر التفاوت بينهما من الثلث والوجه الثاني انه ينظر اوسط ما يثمر
النخل غالبا في كل عام ثم يعتبر قيمته بالغالب من قيمة الثمرة ثم الاعتبار
بعد ذلك بما حدث من زيادة او نقصان

باب جامع الوصايا

اذا اوصى لجيرانه صرف الى اربعين دارا من كل جانب وقال ابو حنيفة يدفع
الى الجار الملاصق وقال قتادة الجار الدار والداران وقال سعيد بن جبير
الجار هو الذي يسمع الاقامة وقال ابو يوسف الجيران هم اهل المسجد وان
اوصى لقرا القران دفع الى من يحفظ القران وهل يجوز ان يدفع الى من
لا يحفظ جميعه فيه وجهان فان اوصى للايتام دفع الى من لا اب له وهل
يدخل فيه الغني فيه وجهان فان اوصى للارامل دفع الى من لا زوج لها
من النسا وهل يدخل فيه من لا زوجة له من الرجال فيه وجهان وان
اوصى بثلثه لزيد وللفقرا قال الشافعي رحمه الله هو كاحدهم فمن اصحابنا من قال
بظاهره ومنهم من قال يدفع الى زيد نصف الثلث ونصف الاخر الى الفقرا
ومنهم من قال يدفع الى زيد ربع الثلث والباقي الى الفقرا وان وصى لقبيلة
عظيمة كالهاشميين والعلويين وبني تميم ففيه قولان احدهما ان الوصية
باطلة وهو قول ابي حنيفة والثاني انها صحيحة فان اوصى بثلثه لزيد وجبريل
كان لزيد نصف الثلث وبطلت الوصية في الباقي وان اوصى بثلثه لزيد
وللرياح ففيه وجهان احدهما ما ذكرناه والثاني ان الجميع لزيد فان قال

ثلثي لله ولزيد ففيه وجهان احدهما ان الجميع لزيد والثاني انه يدفع نصفه
الى زيد والباقي الى الفقرا فان قال ان ولدت ذكرا فله الف وان ولدت
انثى فلها مايه فولدت ذكرا وانثيين ففيه ثلثة اوجه حكاها ابو العباس بن
سريج احدها ان الوارث يدفع الالف الى من شا من الذكرين والمايه
الى من شا من الانثيين والثاني انهما يشتركان فيهما والثالث انه يوقف الالف
بين الذكرين والمايه بين الانثيين حتى يصطلحا فان قال ان كان ما في بطنك
غلاما فله الالف وان كانت جارية فلها مايه فولدت غلامين ففيه
وجهان احدهما انه لا يصح والثاني انه يصح ويكون فيه الاوجه الثلثة
اذا اوصى لرجل بسهم او نصيب من ماله دفع اليه الوارث ما شا من قليل
وكثير وقال ابو حنيفة في احد الروايتين اذا اوصى له بسهم من ماله دفع
اليه اقل نصيب الورثة ما لم ينقص عن السدس فاذا نقص من السدس
جعل السدس وفي الرواية الثانية يعطى اكثر الامرين من السدس
او اقل الورثة نصيبا وقال الثوري واحمد يدفع اليه السدس المال وقال
شريح يدفع سهم واحد من سهام الفريضة وقال محمد وابو يوسف
يعطى مثل نصيب اقل الورثة نصيبا ما لم يجاوز الثلث فان جاوزه
اعطى الثلث وقال ابو ثور اعطيه سهما من اربعة وعشرين سهما فان
تنازعوا في ذلك احلفوا فان ابوا ان يقسموا ففيه وجهان من اختلاف
القولين فيمن اقر بمجمل وامتنع من البيان وعندي ان هذا الذي ذكره
لا وجه له لانه ليس ببيان لمقدار معين وانما هو الى اختيار الوارث يدفع ما

يقع عليه الاسم قل او كثر الا ان يدعي الموصى له انه اراد بالسهم قدرا معينا وادعى
علم الوارث بذلك وانكر الوارث ذلك فيحلف انه لا يعلم ذلك
فان اوصى لرجل بنصيب ابنه فالوصية باطلة وهو قول ابي حنيفه ومن اصحابنا
من قال تصح الوصية ويجعل المال بينهما فان اوصى له بمثل نصيب ابنه وله ابن
كان وصية بنصف ماله وبه قال ابو حنيفه وقال مالك يكون وصية
بجميع ماله وهو قول زفر وداود فان اوصى له بمثل نصيب احد ولديه اعطى
مع الاثنين الثلث ومع الثلثة الربع وقال مالك يكون له مع الاثنين
النصف ومع الثلثة الثلث وان اوصى له بنصف احد اولاده دفع اليه
مثل نصيبه وقال ابو عبيد القسم بن سلام يدفع اليه مثل نصيبه وهو قول
مالك وحكي عن الازهري فان اوصى له بضعفي نصيب احد اولاده اعطى ثلثة امثال
نصيب احدهم وقال ابو ثور يعطى اربعة امثاله وقال مالك يعطى مثليه
وان اوصى لرجل بمثل نصيب احد ورثته دفع نصيب اقلهم نصيبا وقال
مالك اذا كان ورثته يتفاضلون نظر الى عدد رؤسهم فاعطي سهما بعددهم
ثم قسم الباقي بينهم على فرايض الله وان اوصى بمثل نصيب بنته وخلف بنتا واختا
ففيه وجهان احدهما ان له الربع وهو نصف حصة البنت والثاني وهو
الاصح انه يستحق الثلث لانه يجعل مع البنت الواحدة بمنزلة بنت ثانية كما
يكون مع الابن بمنزلة ابن اخر فان اوصى لرجل بنصف ماله ولاخر بثلث
ماله ولم تجز الورثة قسم الثلث بينهما على خمسة اسهم وبه قال مالك وابو
يوسف ومحمد للموصى له بالنصف ثلثة وللموصى له بالثلث سهمان وقال

ابو حنيفه يقسم الثلث بينهما نصفين فان اوصى لرجل بثلث ماله ولاخر بنصف
ماله ولاخر بربعه ولم تجز الورثة قسم الثلث بينهم على ثلثة عشر سهما للموصى
له بالنصف ستة وللموصى له بالثلث اربعة وللموصى له بالربع ثلثة كما يقسم المال
عند الاجازة فان اجازوا وصية بعضهم دون بعض كانهم اجازوا وصية صاحب
مسئلة الثلث فيعتبر الوصايا من تسعة وثلثين لصاحب الربع ثلثة عشر ولصاحب
النصف ستة من ثلثة عشر واما صاحب الثلث ففيه وجهان احدهما
انا نعطيه ثلث جميع فيكون اثنا عشر سهما وذلك اثنا عشر من تسعة
وثلثين سهما وذلك عايل بحكم الوصية والثاني يعطى ثلث جميع المال
كاملا من غير عول وذلك ثلثة عشر سهما من تسعة وثلثين سهما وعلى
هذا الحساب فان اوصى لرجل بجميع ماله ولاخر بثلث ماله واجازة الورثة
الوصية قسم المال بينهما على اربعة اسهم للموصى له بالكل ثلثة وللموصى
له بالثلث سهم وقال داود للموصى له بالكل الثلثان وللموصى له بالثلث
وعن ابي حنيفه روايتان احديهما كقولنا والثانية انه يدفع الى الموصى
له بالكل الثلثان ثم يقسم الثلث بينه وبين الموصى له بالثلث نصفين
فيكون لكل واحد منهما السدس فان اوصى بثلث ماله لزيد وعمرو وفمات
عمرو بعد الوصية في حيوة الموصى كان لزيد نصف الثلث وكذا ان كان
مساعد الوصية وقال ابو حنيفه رحمه الله لزيد جميع الثلث فان اوصى ان يعتق
عنه فان اعتق عنه ثلثة ان اتسع الثلث لها وان اتسع لرقبتين وفضل شي يمكن

انه يشتري به بعض رقبة ثالثة ففيه وجهان احدهما انه يزاد في ثمن الرقبتين
والثاني انه يشتري به بعض رقبة فان قال اعتقوا عبدا من عبيدي وله خنثى
قد حكم بانه ذكر اعتق عنه في احد الوجهين والثاني انه لا يجزي وان
قال اعتقوا احد رقيقي وفيهم خنثى مشكل فقد نقل المزني رحمه الله انه
يجوز ونقل الربيع انه لا يجوز وان قال اعطوه شاة لم يدفع اليه تيس ولا كبش
على المنصوص ومن اصحابنا من قال يجوز ان يعطي الذكر والانثى وان
قال اعطوه شاة من شاي وليس عنده الا ظبي ففيه وجهان احدهما ان الوصية
باطلة والثاني انه يعطي الظبي وان قال اعطوه بعيرا لم يعط ناقة على المنصوص
ومن اصحابنا من قال يعطى وان اوصى له ببقرة لم يدفع اليه ثور ومن اصحابنا
من قال يجوز الذكر والانثى كالشاة وليس بشي ولا يعطي جاموسا
فان لم يكن له الا جاموس فعلى الوجهين في الظبي وان قال اعطوه
عشرا من الابل اعطوه ما شاوا من ذكر وانثى وقيل ان اثبت وقيل
ان اثبت علامة التانيث في العدد فقال عشرة من ابلي لم يعط الا من الذكور
وليس بشي فان قال اعطوه دابة فالمنصوص انه يعطي فرسا او بغلا او
حمارا واختلف اصحابنا فيه فقال ابو العباس هذا قاله على عادة اهل مصر
فان كان بمصر اعطي هذه الثلثة وان كان في غيرها لم يعط الا الفرس وقال
ابو اسحق وابو علي بن ابي هريرة يعطي واحدا من الثلثة في جميع البلاد وان
كان له ثلثة اكلب ولا مال له ولم تجز الورثة ردت الوصية الى الثلث وفي

كيفية الرد وجهان احدهما انه يدفع اليه من كل كلب ثلثه والثاني انه يدفع
اليه احدها وفيما ياخذ وجهان احدهما وهو قول ابي اسحق انه ياخذ واحدا منها
بالقرعة والثاني انه يعطيه الوارث ما شا منها وان كان له كلب فوصى
به ولم تجز الورثة وكان له مال ففيه وجهان احدهما انه يدفع اليه جميعه
وهو قول ابي علي بن ابي هريرة والثاني وهو قول ابي سعيد الاصطخري انه
يدفع اليه ثلثه فان وصى بكلب ينتفع به لمن ليس بصاحب حرث ولا
صيد ولا ماشية ففيه وجهان فان كان للموصي كلب صيد وزرع وماشية
والموصى له من اهل بعض ذلك ففيه وجهان احدهما يعطى ما يصلح
له وان اوصى بعود من عيدانه وعنده عود لهو وعود قوس وعود بنا وكان
عود اللهو لا يصلح لمنفعة مباحة بطلت الوصية وقيل يعطى من عود
القوس الندف والجلاهق وهو قوس البندق ولا يعطى معه الوتر وقيل
يعطى معه الوتر فان اوصى بعتق مكاتبه او الابرا من نجوم كتابته
اعتبر من ثلثه اقل الامرين من قيمته او مال كتابته لان عتق ابرا عن
نجوم كتابته وابراوه عتق فان لم يكن قد حل عليه مال الكتابة
فهل يتعجل عتق ثلثه فيه وجهان اظهرهما انه يتعجل عتق ثلثه ويبقى
الباقي موقوفا على العتق بالادا او الرق بالعجز وان قال ضعوا عنه ما شا
من كتابته فشا الجميع فقد روى الربيع انه يوضع الجميع الا شيا منه وان
قال ضعوا عنه ما شا فشا الجميع فقد روى المزني رحمه الله انه يوضع عنه
جميع الاشيا فمن اصحابنا من قال الصحيح ما رواه الربيع وما رواه المزني خطا في

النقل وقال ابو اسحق الجميع صحيح في النقل وان اوصى برقبته والكتابه
فاسدة ولم يعلم بفساد الكتابة ففيه قولان احدهما ان الوصية جايزه
والثاني انها باطلة وان علم بفساد الكتابه صحت الوصية قولا واحدا ومن
اصحابنا من قال القولان في الجميع فان اعتق المريض عبده وقيمته مايه
ولا مال له غيره فاجاز الورثه عتقه وقلنا لا يحتاج في الاجازة الى لفظ
العتق ففي ولا الثلثين وجهان احدهما وهو قول الاصطخري انه للورثة
والثاني وهو قول ابي الحسين الفرضي انه للموصي فان اعتق عبده في
مرضه وقيمته مايه ولا مال له غيره ومات قبل موت المولى ففيه
ثلثه اوجه احدها وهو قول ابي العباس بن سريج ان عتقه ينفذ في جميعه
ويموت حرا موروثا والوجه الثاني ان عتقه يبطل ويموت عبدا والثالث
وهو الظاهر من مذهب الشافعي رحمه الله ان موته لا يرفع حكم عتقه
في حقه ويرفع عنه حكم الوقف الرق في حق ورثته وعتقه
ليس بوصية له وان جرى في اعتباره من الثلث مجرى الوصيه وان
اوصى بحجة فرض من الثلث ففيه وجهان احدهما وهو قول
ابي اسحق انه يحج عنه من بلده فان عجز الثلث عن ذلك تمم من راس المال
والثاني انه يحج عنه من الميقات فان اوصى ان يحج عنه رجل بمايه ويدفع
ما يبقى من الموصاله بالثلث نصف الثلث وفي النصف الاخر وجهان
احدهما انه يقدم فيه الموصاله بالمايه ولا يدفع الى الموصاله بالباقي شي حتى

يأخذ الموصاله بالمايه تمام المايه والوجه الثاني ان الموصاله بالثلث
والموصاله بالباقي يقتسمان النصف على قدر وصيتهما من الثلث وتصح
الوصية بالمنفعة مطلقا وموقتا وقال ابن ابي ليلى لا يصح الا مقدرة كالاجارة
وتجوز للموصى له بالمنفعة عقد الاجارة عليها وقال ابو حنيفه لا تجوز
فان وصى له بمنفعة جاريه لم يجز للوارث وطيها ولا للموصى له وطيها
وتجوز تزويجها لاكتساب المهر وفيمن يملك العقد فيه ثلثه اوجه
احدها انه يملكه الموصاله والثاني انه يملكه المالك للرقبه
وهو قول الوارث والثالث انه لا يصح العقد الا باتفاقهما وان اتت
بولد مملوك ففيه وجهان احدهما انه للموصى له والثاني انه بمنزلة
الام وان قتل الموصى بمنفعته ففي قيمته وجهان احدهما انها للمالك
والثاني وهو الاصح انه يشتري بها رقبة مثلها يكون للمالك الرقبه
وللموصى له المنفعه فان مات الموصى له بالمنفعه فهل تنتقل المنفعة
الى ورثته فيه وجهان حكاهما ابو علي الطبري احدهما انها تنتقل
اليهم والثاني ان الوصية تبطل بموته وان جني على طرفه ففي ارشه
وجهان احدهما انه للمالك والثاني وهو الاصح ان ما قابل ما نقص من
قيمته الرقبة للمالك وما قابل ما نقص من المنفعة للموصى له وان احتاج
العبد الى نفقة ففيه ثلثة اوجه احدها وهو قول ابي سعيد الاصطخري
انها على الموصى له بالمنفعة والثاني وهو قول ابي علي بن ابي هريرة
انها على مالك الرقبة والثالث انها في كسبه فان لم يف ففي بيت المال

فان اراد المالك بيع الرقبة ففيه ثلثة اوجه احدها انه يجوز والثاني
لا يجوز والثالث انه يجوز بيعها من الموصى له بالمنفعة ولا يجوز من غيره
فان اوصى له بمنفعة دار فانهدمت فان بناها الوارث بالنقض فهل يعود
حق الموصى له فيه وجهان احدهما يعود الغلة له والثاني يكون للوارث
فعلى هذا لو اراد الموصى له ان يبنيها بالنقض فهل له ذلك على
الوجهين وفي نفوذ عتق مالك الرقبة في الرقبة الموصى بمنفعتها وجهان
اصحهما انه ينفذ وقال ابو الحسن بن القطان لا ينفذ فان عتق عبدا
في مرضه قيمته جميع ثلثه ثم اشترى اباه ففيه ثلثة اوجه احدها
ان الشرا باطل والثاني انه صحيح لازم ويبقى على الرق على ملكه وله
فان مات ولم يفد ما يخرج به من الثلث انتقل الى ورثته فان كان
وارثه ممن يعتق عليه عتق عليه والثالث ان الشرا موقوف فان افاد
ما يخرج به الثلث عتق وفي ميراثه وجهان وان لم يفد شيا ولا ابراه
من الثمن فسخ البيع حينئذ ورد على البائع والوجه الاول حكاه الشيخ ابو
حامد والثاني والثالث حكاهما ابن سريج فان وهب له ابوه في مرضه
فقبل الهدية فيه وقبضه وعليه ديون تستغرق ماله ففيه
وجهان احدهما انه يعتق ويباع في ديون الغرما فان اوصى لاقرب الناس
به رحما بدي بالاولاد وان نزلوا ثم بالابا فان عدم الاولاد والابا ففيه
قولان احدهما انه يقدم الاخوة والاخوات على الاجداد والجدات وان
اجتمع مع جد الاب اعمام وعمات ومع جد الام اخوال وخالات

فعلى هذا القول فيه وجهان احدهما ان الاعمام والعمات اولى من جد الاب ثم
الاخوال والخالات اولى من جد الام والقول الثاني انهما سوا وان اوصى لاقاربه
صرف الى من يعرف بقرابته الخاصة وقال ابو حنيفة قرابته كل ذي
رحم محرم منه وقال مالك هم كل من جاز ان يرث دون من لا يرث
من ذوي الارحام وقال ابو يوسف ومحمد هو كل من جمعه واياهم اول
اب في الاسلام ولا فرق بين القريب والبعيد ولا فرق بين القريب والبعيد
من اقاربه وقال ابو حنيفة يقدم الاقرب في ولا فرق بين الغني والفقير
وقال ابو حنيفة مالك يختص به الفقير ولا فرق بين الذكر والانثى
وحكي عن الحسن وقتادة انه يعطى الذكر مثل حظ الانثيين وان اوصى
لمناسبيه لم يدخل فيه اولاد بناته في اصح الوجهين فان شهد شاهدان
انه اوصى له بعبد سالم الحبشي وله عبدان حبشيان يسمى اسم كل واحد
منهما سالم ولم يعينا واحدا منهما ففيه قولان حكاهما ابو العباس
بن سريج احدهما انها شهادة باطلة والثاني انها جايزة فعلى هذا
حكى ابو العباس بن سريج وجهين احدهما ان العبدين يوقفان
بين الموصى له والورثة حتى يصطلحا والثاني انه يرجع الى بيان الورثة
في دفع اي العبدين ما شاوا

باب الرجوع في الوصية

اذا قال ما وصيت به لفلان فقد وصيت به لفلان رجل غيره
كان رجوعا عن الوصية نص عليه الشافعي رحمه الله ومن اصحابنا من
قال يكون بينهما قاله المزني رحمه الله قال الشافعي رحمه الله فان اوصى

لرجل بعبد عينه ثم اوصى به لاخر فهو بينهما نصفين وهو قول ابي
حنيفه ومالك قال داود الوصية للاول دون الثاني وقال عطا وطاوس
هو للثاني دون الاول فان عرضه للبيع او رهنه في دين او وهبه
ولم يقبضه كان رجوعا ومن اصحابنا من قال ليس برجوع وليس بصحيح وان
وهبه هبة فاسدة فهل يكون رجوعا فيه ثلثة اوجه احدها
انه يكون رجوعا والثاني انه لا يكون رجوعا والثالث انه ان اقبضه
كان رجوعا وان لم يقبضه لم يكن رجوعا وان اوصى بعبد لاحد
رجلين لم تصح الوصية وقال ابو حنيفه هي صحيحة كما لو اوصى
لرجل باحد عبديه وان اوصى بعتق عبد قد اوصى به لانسان ففيه
وجهان احدهما انه يكون رجوعا عن الوصية الى العتق وهو قول
ابي اسحق والثاني انه يكون رجوعا عن الوصية بنصف العبد الى عتقه
فان اوصى بعتق عبد ثم اوصى به لزيد ففيه وجهان احدهما انه يتعين
العتق وتبطل الوصية الثانية والثاني انه يكون رجوعا في نصفه
وان اوصى بعبد ثم دبره وقلنا ان التدبير عتق بصفة كان رجوعا عن
الوصية وان قلنا انه وصية وقلنا انه يقدم العتق على ساير الوصايا
في احد القولين كان رجوعا وان قلنا العتق كساير الوصايا ففيه
وجهان احدهما انه ليس برجوع عن جميعه بل يكون نصفه مدبرا
ونصفه مملوكا والثاني انه رجوع فان اوصى له بجارية ثم وطيها
لم يكن ذلك رجوعا وقال ابو بكر بن الحداد المصري انه ان عزل

عنها لم يكن رجوعا وان لم يعزل كان رجوعا وان اوصى له بقفيز حنطة فخلطه
باجود منه ففيه وجهان احدهما انه ليس برجوع وهو قول ابي علي بن ابي هريرة
والثاني انه رجوع فان نقله من بلده الى بلد ابعد منه ففيه وجهان احدهما
انه رجوع والثاني انه ليس برجوع فان اوصى برأس من رقيقه فقتلوا قبل
موته ففي الوصية وجهان احدهما انها تنتقل الى القيمة فيعطونه قيمة
ايهم شاؤا والثاني انها تبطل وان قتلوا بعد موت الموصي الا واحدا منهم
ففيه وجهان احدهما ان الوصية تتعين في الباقي والثاني ان الخيار
الى الورثة بين ان يعطوه العبد الباقي وبين ان يعطوه قيمة واحد من
المقتولين وان اوصى بخبز فجعله فتوتا ففيه وجهان احدهما انه رجوع
والثاني انه ليس برجوع وان اوصى له برطب فجعله تمرا ففيه وجهان
احدهما انه رجوع والثاني انه ليس برجوع وان اوصى له بلحم فقدده فهل
يكون رجوعا فيه وجهان كالرطب وان وصى له بثوب ففصله
قميصا او بساج فجعله بابا فهو رجوع في احد الوجهين وان وصى له بدار
فهدمها كان رجوعا وقال ابو حنيفه لا يكون رجوعا وان انهدمت
ولم يزل عنها اسم الدار فالوصية باقية فيما بقي وما انفصل عنها
خارج من الوصية وحكى القاضي ابو القسم بن كج وجها اخر انه للموصى له
ايضا وان زال عنها اسم الدار ففي الباقي من العرصة وجهان احدهما
ان الوصية تبطل فيه والثاني انها لا تبطل فان وصى له بارض فغرسها
او بنى فيها ففيه وجهان احدهما انه رجوع والثاني انه ليس برجوع

تعلى هذا في موضع الاساس وقرار الغراس وجهان احدهما ان الوصية تبطل
فيه والثاني انها لا تبطل فيه والثاني فان قبل الموصى له الوصية ثم ردها قبل
قبضه ففيه ثلثة اوجه احدها انها لا تصح الا بلفظ الهبة بذلا وقبولا
والثاني انه يعود اليه بقبول من جهته ولا يحتاج الى لفظ الهبة
والثالث انه يصح بمجرد الرد من غير قبول اذا تزوجت المريضة صح
نكاحها وتعلق به الارث وقال مالك نكاح المريضة لا يصح ولا يورث
به ولا يستحق به صداق الا ان يكون قد دخل بها فيلزمه مهر المثل من
الثلث وكذلك حكم نكاح المريض وقال ابن ابي ليلى وربيعة النكاح
جايز في المرض والميراث به من الثلث وقال الزهري النكاح جايز
ولا ميراث فيه وقال الحسن البصري ان ظهر منه قصد الاضرار بالنكاح
لم يجز وان ظهر منه الحاجة دون الاضرار جاز فان انهدمت الدار
بعد موت الموصي وقبل القبول فمن اصحابنا من قال يبني على القولين
في ملك الموصى له ومنهم من قال يكون للموصى له على القولين جميعا
وهو الاصح فان اوصى له بسكنى دار سنة ثم اجرها دون السنة
لم يكن رجوعا فان مات قبل انقضا مدة الاجارة ففيه وجهان احدهما
انه يسكن مدة الوصية بعد انقضا مدة الاجارة والثاني ان الوصية
تبطل في قدر ما بقي من مدة الاجارة بعد الموت وتبقى في الباقي فان جحد
الموصي الوصية كان رجوعا وحكي عن محمد بن الحسن انه لا يكون رجوعا

باب الاوصيا ○

يصح الوصية الى المراة وحكي عن عطا انه قال لا يجوز الوصية اليها وهل يجوز ان يكون
الكافر وصيا الكافر فيه وجهان احدهما انه يجوز والثاني لا يجوز وفي
الوصية الى الاعمى وجهان وفي الوقت الذي يعتبر فيه شروط
الوصية ثلثة اوجه احدها انه يعتبر عند الوفاة والثاني انه يعتبر
عند الوصية وعند الموت ولا يعتبر فيما بين ذلك والثالث انه يعتبر
من حين الوصية الى حين الموت فان اوصى الى اثنين فماتا او فسقا ففوض
الحاكم النظر الى واحد جاز في احد الوجهين وان اوصى الى اثنين مجتمعين
فهل يجوز لهما ان يقتسما المال للحفظ فيه وجهان فان وصى الى رجل
في شي لم يصر وصيا في غيره وقال ابو حنيفة يصير وصيا في جميع التصرفات
المستفادة بالوصية ولا يجوز ان يوصي الى عبده في اموال اولاده وبه قال
ابو يوسف ومحمد وابو ثور وقال مالك واحمد تصح الوصية الى العبد وقال
الاوزاعي وابن شبرمة تصح وصيته الى عبد نفسه ولا تصح الى عبد غيره
وقال ابو حنيفة تصح الوصية الى عبده اذا لم يكن في الاولاد رشيد ولا تصح
الوصية الى فاسق وبه قال احمد في احدى الروايتين والرواية الثانية انها
تصح ويضم اليه امين وقال ابو حنيفة تصح الوصية ولا يقر عليها ولو اوصى
الى اثنين لم يجز لاحدهما ان ينفرد بالتصرف وقال ابو حنيفة يجوز وان اوصى
اليه واذن له ان يوصي الى من يرى فقد قال في موضع يجوز وقال في موضع لا
يجوز فمن اصحابنا من قال يجوز قولا واحدا ومنهم من قال فيه قولان وان اوصى
اليه واذن له ان يوصي الى رجل بعينه ففيه وجهان احدهما انه كالمسئلة

قبلها والثاني انه لا يجوز وان اوصى اليه ولم ياذن له في الوصية لم يجز ان يوصي وقال
ابو حنيفة يجوز ولا يتم الوصية الا بالقبول وفي وقت القبول وجهان
احدهما انه يصح القبول في حال الحيوة والثاني انه لا يصح الا بعد الوفاة
فان اخرج نفسه من الوصية بعد القبول جاز وبه قال احمد وقال ابو حنيفة
ان كان بعد الوفاة لم يصح اصلا وان كان في حال الحيوة لم يصح الا بحضرة
الموصي واذا بلغ الصبي واختلفا في مدة النفقة فقال الوصي انفقت عليك
عشر سنين وقال الصبي بل خمس سنين فالقول قول الوصي في احد الوجهين
وهو قول ابي سعيد الاصطخري كما لو اختلفا في قدر النفقة والوجه
الثاني ان القول قول الصبي وعليه اكثر اصحابنا وان اختلفا في دفع المال
اليه فادعى الوصي انه دفعه اليه وانكر الصبي ذلك ففيه وجهان
احدهما وهو المنصوص عليه ان القول قول الصبي والثاني ان القول قول
الوصي وهو قول ابي حنيفة ويجب له الكسوة بالمعروف وقيل يجب
له مثل كسوة ابيه فاذا اختلف الاب او الجد والصبي في قدر النفقة
فالقول قول الاب والجد مع يمينهما وحكي فيه وجه اخر ان اليمين مستحبة
فان بلغ رشيدا او الوصي وصي الاب والجد ففيه وجهان احدهما ان الحجر
ينفك عنه من غير حكم حاكم كما ينفك في حق الاب والجد والثاني
انه لا ينفك الا بحكم كامين الحاكم فان اوصى اليه فقال ضع ثلثي فيمن شئت
لم يجز ان يضعه في نفسه وقال ابو حنيفة يجوز ذلك ولا يجوز للموصي ان
يبيع مال الصبي من نفسه وقال ابو حنيفة اذا كان باكثر من ثمن المثل جاز

ولا يجوز بثمن المثل فان اوصى لرجل بعبده وقيمته مائة وسدس ماله لاخر وماله
خمسمائة درهم فقد حكى ابو العباس بن سريج فيها قولين احدهما ان العبد
بين الموصى له بالعبد وبين الموصى له بالسدس على سبعة اسهم لان السدس
اذا ضم الى الكل صار سبعة فياخذ الموصى له بالعبد ستة اسباعه
والموصى له بالسدس سبعه ثم يعود الموصى له بالسدس الى الاربع مائة الباقية
من المال فياخذ سدسها وذلك ستة وستون درهما فاذا ضم ذلك الى
قيمة العبد هو مائة صار مائة ستة ستين وثلثي درهم وذلك ثلث المال
والقول الثاني ان خمسة اسداس العبد تختص بها الموصى له بالعبد والسدس
الباقي يكون بين الموصى له بالعبد والموصى له بالسدس نصفين فيصير
العبد بينهما على اثني عشر سهما للموصى له بالعبد احد عشر سهما وللموصى
له بالسدس سهم ثم يعود الموصى له بالسدس فياخذ سدس الاربع مائة ولكل
واحد من القولين وجه والاول اشبه اذا اوصى الى رجل في قضاء دينه او
مال اولاده فاحتاج الى بيع بعض التركة لقضاء الدين او مصلحة الايتام
لم يجز ان يبيع نصيب الكبار معه وقال ابو حنيفة ان كان في بيع الجميع توفير
للثمن جاز له بيع الجميع لا يجوز له ان يوصي الاب في اموال اولاده وهناك
جد من اهل النظر وقال ابو حنيفة اذا اعتقل لسان المريض وكانت له
اشارة مفهومة فاوصى بوصايا قامت اشارته مقام عبارته فيها وقال
ابو حنيفة ان كان مايوسا من نطقه صحت وصيته بالاشارة وذلك بان يمضي
عليه سنة وهو على تلك الصفة اذا قضى بعض غرمائه ديونهم في حال المرض

لم يكن لباقي الغرما منازعتهم ومن اصحابنا من قال لهم استرجاع ذلك
ومنازعتهم فيه وهو قول ابي حنيفة اذا اوصى الى رجل ان يشتري عبد زيد بالف
درهم ويعتقه عنه فاشتراه الوصي بخمسمائة واعتقه عنه والبائع لم
يعلم بالوصية فانه ان كان العبد يساوي الفا فليس فيه وصية فترد
خمسمائة الى الورثة وان كان يساوي خمسمائة فقد اوصى له بخمسمائة فتسلم
اليه وعن احمد انه قال يرجع الى الورثة وعن اسحق انه قال يصرف الى العتق
اذا اوصى ان يعتق عنه بمائة فيجد الثلث عن احتمال عبد قيمته مائة فانه
يشتري عبدا يحتمله الثلث ويعتق عنه وقال ابو حنيفة تبطل الوصية
اذا اعتق في مرض موته ثم حابى ووهب قدم العتق وقال ابو حنيفة سوى
بينهما اذا وجد منه في مرضه عطيتان منجزتان من جنس واحد بان وهب
واقبض ثم وهب واقبض او عتق ثم اعتق وضاق الثلث عنهما قدم الاسبق
وقال ابو حنيفة يسوي بينهما وهل يجب على الحاكم الاستكشاف عن
حال وصي الاب فيه وجهان احدهما لا يجب الاستكشاف عن حال امين الحاكم
والثاني يجب اذا مات رجل وترك ابنين فادعى رجل ان اباهما اوصى له بثلث
ماله فصدقه احدهما وكذبه الاخر وحلف ففيما يلزم المصدق وجهان
احدهما انه يلزمه ثلث حصته وهو سدس جميع المال والثاني يلزمه
ثلث جميع المال ذكره في الحاوي وخرجه من القولين في الدين وليس
بشيء ولا يلحق الميت مما يفعل عنه بعد موته بغير اذنه الا دين يقضى عنه
وصدقة يتصدق بها عنه او دعا يدعا له وحكى في الحاوي عن بعض اهل الكلام

ان الميت لا يلحقه بعد موته ثواب فاما سوى ذلك من القرب كقراة القران
وغيرها فلا يلحق الميت وقال احمد يلحقه ثواب ذلك وحكى في الحاوي عن عطا
بن ابي رباح واسحق بن راهويه جواز الصلوة عن الميت وهو قول شاذ و اختلف
اصحابنا فيمن مات وعليه كفارة يمين فاعتق عنه فمنهم من قال لا يقع عنه
من ماله ومنهم من قال يقع عنه ويثبت ولاه له

كتاب العتق

في قوله فك رقبة وجهان احدهما انه صريح والثاني انه كناية فان قال
لامته انت علي كظهر امي ونوى به العتق ففيه وجهان احدها انها
تعتق والثاني انها لا تعتق اذا كان بين اثنين عبد فاعتق احدهما نصيبه
وكان موسرا قوم عليه نصيب شريكه وعتق عليه فان كان بين مسلم
وكافر عبد مسلم فاعتق الكافر نصيبه وهو موسر فالمنصوص انه يقوم
عليه نصيب شريكه ومن اصحابنا من قال يبنى على القولين في شرا
الكافر العبد المسلم ويعتبر القيمة وقت السراية ثلثة اقوال
احدها انه يعتق في الحال وبه قال احمد والثاني انه يعتق بدفع
القيمة وبه قال مالك والثالث انه موقوف مراعى فتبين
بدفع القيمة انه عتق من حين اللفظ فان قلنا يسري باللفظ
فهل يعتق بعد عتقه او معه حكى فيه وجهان اظهرهما انه يعتق
بعده بالسراية والثاني انه يعتق جميعه في حالة واحدة وان
قلنا انه يعتق بدفع القيمة فاعتق الشريك الاخر نصيبه قبل
دفع القيمة اليه فهل يعتق فيه وجهان احدهما انه يعتق وهو قول

ابي علي بن ابي هريرة والثاني وهو المذهب انه لا يعتق وبقول ابو حنيفه وحكي علي
هذا القول في وقت وقوع العتق وجهان احدهما انه يعتق بالتمكين
من اخذ القيمة والثاني انه يعتق بالاخذ فان مات العبد قبل دفع القيمة
ففي استحقاق الشريك القيمة وجهان احدهما انه لا يستحق والثاني انه يستحق
عليه نصف القيمة فعلى هذا هل يكون دفع القيمة موجبا للعتق فيه
وجهان احدهما انه يعتق والثاني انه لا يعتق وقال ابو حنيفه العتق
لا يسري وانما يستحق اعتاق نصيب الاخر فان كان المعتق معسرا
كان شريكه بالخيار بين ان يعتق نصيب نفسه ويكون الولا بينهما
وبين ان يستسعيه في قيمة نصيبه فاذا اداها اليه عتق ويكون الولا بينهما
وان كان موسرا كان شريكه مخيرا بين ما ذكرناه وبين ان يضمن
شريكه المعتق قيمة نصيبه ويكون جميع ولايه لشريكه ويرجع
الشريك بما غرمه في سعاية العبد وقال ابن ابي ليلى وابن شبرمه
والثوري وابو يوسف ومحمد يسري العتق في الحال بكل حال فان كان
المعتق موسرا غرمه قيمة نصيبه في الحال وان كان معسرا استسعى
المعتق في قيمة نصيبه قال ابن المنذر وقال ابن ابي ليلى وابن شبرمه فاذا
استسعى في نصف قيمته ثم ايسر معتقه رجع عليه بنصف القيمة وقال
ربيعة اذا اعتق احد الشريكين نصيبه لم يعتق الا ان يرضى شريكه
وحكي عن عثمان البتي انه قال اذا اعتق احد الشريكين نصيبه عتق ولم
يسر ولم يجب اعتاق الباقي اذا ادعى كل واحد من الشريكين على

صاحبه انه اذا اعتق نصيبه فسرى الى نصيبه وهما موسران وحلفا او نكلا
ففي عتق نصيب كل واحد منهما قولان احدهما انه يعتق نصيب كل واحد
منهما اذا قلنا ان السراية باللفظ والقول الثاني انه لا يعتق حصة واحد
منهما اذا قلنا بالقولين الاخرين فان كان العبد مشتركا بين ثلثه لواحد
النصف وللاخر الثلث وللاخر السدس فاعتق صاحب النصف والسدس
نصيبهما دفعة واحدة عتق نصيب الشريك عليهما بالسوية وحكي
عن مالك في احد الروايتين عنه ان الضمان يكون عليهما على قدر ملكيهما
كالنفقة فان تاخر تقويم نصيب الشريك عليه حتى مضى زمان يختلف القيمة
في مثله واختلفا في قدر القيمة ففيه قولان احدهما ان القول قول المعتق
اذا قلنا يسري العتق باللفظ والثاني ان القول قول الشريك اذا قلنا
يسري بدفع القيمة فان ادعى الشريك انه كان يحسن صنعة تزيد بها
القيمة وانكره المعتق فمن اصحابنا من قال القول قول المعتق قولا واحدا فان
ادعى المعتق عيبا في العبد ينقص القيمة ففيه طريقان احدهما انه على
القولين والثاني ان القول قول الشريك وان اختلف الغاصب والمالك في
عيب بالمغصوب ادعاه الغاصب وانكره المالك فقد قال القول قول
الغاصب وجعل في العتق القول قول المالك فمن اصحابنا من جعل ذلك
في الغاصب على نقص يعود الى اصل الخلقة من شلل او خرس ويجوز ان يبطل
مثله فالقول فيه قول الغاصب لان المالك يقدر على اقامة البينة على انه
لم يكن به شلل ولو كان مثل هذه الدعوى في العتق لجعلنا القول قول

المعتق والذي قاله في دعوى العتق ان يتنازعا في نقص طارئ لا من اصل الخلقة
كالاباق والسرقة فالقول قول المالك ومن اصحابنا من فرق بين الغصب
والعتق على ظاهر الجواب فان قال احد الشريكين للاخر اذا اعتقت نصيبك
نصيبي حر في حال عتق نصيبك ففيه وجهان احدهما انه يعتق
عليهما في حالة واحدة واختاره القاضي ابو الطيب رحمه الله والوجه
الثاني ان العبد يعتق عن المباشر جميعه وتجب عليه قيمة نصيب
شريكه فان وصى بعتق نصيبه وقال كملوا فان خرج ذلك من
الثلث كمل وان لم يخرج كمل منه ما يحتمله الثلث ذكر
القاضي ابو الطيب رحمه الله في المجرد فقال عندي انه انما يقوم عليه
حصة شريكه للتكميل اذا رضي بذلك ولا يلزمه ذلك
واصحابنا اطلقوا ذلك فان كان جميع العبد له فاوصى بعتق نصفه
بعد موته ففيه وجهان بناء عليه اذا قال نصفك حر هل يعتق
جميعه في حالة واحدة او يسري من نصفه الى باقيه فان وكل
احد الشريكين الاخر في عتق نصيبه فقال الوكيل اعتقت
نصيبك واطلق ففيه وجهان احدهما انه يعتق عن الموكل
والثاني انه يعتق نصيبه خاصة ونصيب شريكه يحتاج
الى نية ولم ينوه اذا اعتق احد عبديه بعينه ثم اشكل عليه ومات
قبل البيان رجع الى وارثه فان قال لا اعلم عينه اقرع بينهما على المنصوص

وقيل يوقف الى ان ينكشف فان اعتق احد عبديه لا بعينه ومات قبل
التعيين ففيه وجهان احدهما ان الوارث لا يقوم مقامه فعلى هذا
يقرع بينهما والثاني انه يقوم مقامه في التعيين وهو الاصح
فان كان مع المعتق قيمة نصيب شريكه وعليه دين بقدره فهل
يقوم عليه قولان على القولين في الدين هل يمنع وجوب الزكوة
اذا تبعضت الحرية فيه لا عيان المعتق فقد قال الشافعي رحمه الله
يخدم سيده يوما ويترك لنفسه يوما فما اكتسبه فيه فهو له فاجرى
عليه حكم المهاياة ففيه ثلثة اوجه احدها ان المهايات التي كانت
بين الشريكين تجب البنا عليها بينهما والثاني انه يجوز البنا على تلك
المهايات ويجوز استيناف مهاياة بينهما والثالث انه ان كان له كسب
مالوف بصناعة معروفة يتماثل فيها ايامه جاز ان يشنا نفعها مع
الشريك فان لم يكن له كسب مالوف لم يجز ان يشنا نفعها معه
وان جاز ذلك بين الشريكين المالكين لانهما قد يعدلان عند عدم الكسب
الى الاستخدام والمهاياة جايزة غير لازمة وهل يدخل فيها الاكتساب
النادرة فيه وجهان اظهرهما انها داخلة وهو قول ابي سعيد الاصطخري
والثاني انها لا يدخل وهو قول ابي اسحق المروزي ومن ملك احدا من
الوالدين وان علوا او احدا من المولودين وان سفلوا عتق عليه وقال داود لا
يعتق عليه واحد منهم بالملك فان وصى للمولى عليه بمن يعتق عليه وكان
موسرا وكان القريب على صفة لا يلزمه نفقته ففي وجوب قبوله

على الولي قولان احدهما يلزمه قبوله واما من عدا الوالدين والمولودين من
الاقارب فلا يعتق عليه بالملك وقال مالك يعتق منهم الاخوة والاخوات
وقال ابو حنيفة واحمد كل ذي رحم محرم بالنسب يعتق عليه بالملك
اذا باع عبدا من ابنه واجنبي صفقة واحدة فانه يعتق نصيب
الابن ويسري الى نصيب شريكه فيقوم عليه اذا كان موسرا
وقال ابو حنيفة لا تضمن نصيب شريكه فان قال له مملوكه
وهو اكبر منه انت ابني لم يعتق عليه وبه قال احمد وقال ابو حنيفة
يعتق عليه ولا يثبت نسبه اذا شهد شاهدان انه اعتق عبده زيدا في
مرضه وحكم الحاكم بشهادتهما ثم رجعا عن الشهادة وشهد
اخران انه اعتق عمرا في مرضه وحكم بشهادتهما وقيمة كل
واحد منهما قدر الثلث ومات اقرع بين العبدين فان خرجت القرعة
على الاول عتق ورق الثاني ووجب على الشاهدين قيمة الاول
للورثة وان خرجت القرعة على الثاني عتق ورق الاول ولا شي على
الشاهدين قال الشيخ ابو نصر رحمه الله وعندي ان هذا ليس بصحيح بل يجب
اذا خرجت القرعة على الاول ان يعتق الاول والثاني ويجب قيمة
الاول على الشاهدين لان الورثة يصدقون الشاهدين في رجوعهما
ولو كذبوهما لم يرجعوا عليهما بشي فيجب ان يعتق الثاني بكل حال اذا
اعتق امته في مرضه وتزوجها ففي صحة النكاح وجهان احدهما
باطل والثاني انه صحيح واذا وطيها ففيه وجهان احدهما انه يكون

هدرا ولا يستحق وجهين والثاني انه يستحق به المهر بظاهر الحال واذا قلنا تجب
المهر ففيه وجهان احدهما انه يكون من راس المال والثاني انه يعتبر من الثلث
فان اشترى من يعتق عليه في مرضه ولم يحتمل الثلث ثمنه ففيه وجهان
احدهما انه يمضي البيع في جميعه ويعتق ثلثه ويرق ثلثاه والثاني انه يمضي
البيع في ثلثه وينفسخ في ثلثيه اذا رضي البائع بتبعيض الصفقة وان لم يرض
بتفريقها ففي فسخها وجهان من اختلاف الوجهين في وقت وقوع
العتق احد الوجهين ليس له الفسخ اذا قيل يقع العتق بنفس العقد والثاني
له الفسخ اذا قيل يقع بعد استقرار العقد اذا اعتق في مرضه ستة
اعبد لا مال له غيرهم ولم تجز الورثة ما زاد على الثلث فانهم يجزون ثلثة اجزا
جزا للعتق وجزين للرق وكانت قيمتهم متساوية ويقرع بينهم
وبه قال مالك واحمد وقال ابو حنيفة لا معنى للقرعة ويجمع الحرية
في اثنين منهم بل يعتق من كل عبد ثلثه ويستسعى كل واحد منهم
في قيمة باقيه وفي كيفية القرعة اذا امكن قسمتهم متساوين في
العدد مختلفين في القيمة او امكن تعديلهم بالقيمة مختلفين في العدد
وجهان احدهما انهم يعدلون بالعدد ثلثة اجزا كل اثنين منهم جزا
مثل ان يكون قيمة واحد منهم الفا وقيمة اثنين الفا وقيمة ثلثة الفا
والاصح انهم يعدلون بالقيمة فاما اذا لم يمكن التعديل بالعدد ولا بالقيمة
كانهم خمسة اعبد قيمة واحد الف وقيمة اثنين الف وقيمة ثلثة الف
ففيه قولان احدهما انهم لا يجزون بل تخرج القرعة على واحد واحد

حتى يستوفي الثلث والثاني انهم يجزون فيجعل اثنان جزوا واثنان جزوا
وواحد جزا فان اعتق عبيده فاقرع بينهم واعتق الثلث ثم ظهر عليه
دين يستغرق جميع التركة لم ينفذ العتق فان قالت الورثة نحن نقضي
الدين وننفذ العتق ففيه وجهان احدهما ان لهم ذلك والثاني ليس لهم
فان كان الدين يستغرق نصف التركة فهل تبطل القسمة في الجميع
فيه وجهان احدهما انها تبطل في الكل والثاني انها تبطل في قدر الدين

كتاب المدبر

اذا دبر عبدا ووصى بعتق اخر وعجز الثلث عنهما اقرع بينهما ومن اصحابنا من قال
يقدم عتق المدبر ويصح تدبير السفيه وفي تدبير الصبي المميز قولان
احدهما انه لا يصح وهو قول ابي حنيفة فان قال انت مدبر او دبرتك
فالمنصوص عليه هاهنا انه يصير مدبرا وقال في المكاتب اذا قال كاتبتك
لم يصر مكاتبا حتى يقول فاذا اديت الي فانت حر فمن اصحابنا من جعل المسئلتين
على قولين ونقل الجوابين احدهما انه صريح لا يحتاج فيه الى لفظ العتق ولا
نيه وهو قول ابي حنيفة واحمد ومنهم من فرق بينهما فجعل التدبير صريحا
والكتابة كناية ومنهم من قال التدبير صريح وفي الكتابة قولان فان
كان عبد بين شريكين فدبر احدهما نصيبه وهو موسر فهل يقوم عليه
نصيب شريكه ليصير جميعه مدبرا فيه قولان اصحهما انه لا يقوم
والثاني انه يقوم وهو قول ابي حنيفة فيصير جميعه مدبرا وهو اختيار الشيخ
ابي حامد وحكي عن هذا القول وجه اخر انه يقوم ولا يصير نصيب شريكه

مدبرا بالسراية حتى يتلفظ بتدبيره فعلى هذا اذا مات فهل يسري العتق من
حصته الى الحصة المقومة عليه فيه وجهان وان دبر كل واحد منهما نصيبه
ثم اعتق احدهما نصيبه فهل يقوم عليه نصيب شريكه فيه قولان منصوصان
احدهما انه يقوم عليه وهو قول ابي حنيفة وعتق المدبر يعتبر من ثلث التركة
وقال ابرهيم النخعي وداود وسعيد بن جبير يعتبر من راس المال اذا كان له
عبد فقال اذا مت فنصفك حر صار نصفه مدبرا وهل يسري التدبير الى
النصف الاخر فيه قولان احدهما وهو المنصوص عليه انه لا يسري فان
قال اذا شيت فانت حر اذا مت كان تدبيرا معتبرا بالمشية والمشية على
الفور وهل يعتبر في الفور وهل يعتبر في الفور مشية القبول او مشية التخيير
فيه وجهان احدهما مشية الفور والثاني مشية المجلس وهو قول
ابي حنيفة واحمد ومالك فان قال وانت حر اذا مت ان شيت فشا قبل
موت سيده ففيه وجهان قول البصريين انه لا يصح وان مات السيد
قبل مشية فالمشية على التراخي فاذا شا عتق ونفقته بعد موته
في كسبه وحكى القاضي ابو الطيب فيما بقي من كسبه قولين كالوصي بعد
واكتسب بعد موت الموصي وقبل القبول قال الشيخ ابو نصر رحمه الله ينبغي
ان يكون الكسب هاهنا للورثة قولا واحدا ويملك المولى بيع المدبر
وهو قول احمد في احدى الروايتين والثانية انه يباع لاجل الدين خاصة وقال
ابو حنيفة ان كان التدبير مقيدا جاز بيعه وان كان مطلقا لم يجز وقال مالك
لا يجوز بيعه بحال مطلقا كان التدبير او مقيدا فان كان المدبر جارية فانت

بولد من زوج او زنا فهل يتبعها في التدبير فيه قولان فان دبر عبدا ثم ملكه جارية
فاحبلها واتت بولد وقلنا انه يملك الجارية بالتمليك فالولد ابنه ومملوكه
وهل يصير مدبرا فيه وجهان وهل يصح الرجوع في التدبير بلفظ الفسخ فيه
قولان اصحهما انه لا يصح رجوعه الا بما يزيل الملك وان وهبه ولم يقبضه
فمن اصحابنا من قال ان قلنا انه كالوصية فهو رجوع وان قلنا التدبير عتق
بصفة فليس برجوع ومنهم من قال هو رجوع على القولين جميعا فان
كاتبه وقلنا ان التدبير وصية فهو رجوع وان قلنا انه عتق بصفة لم يكن
رجوعا فيكون مدبرا مكاتبا وان دبره ثم قال له ان اديت الي وارثي الفا
فانت حر فان قلنا ان التدبير وصية كان رجوعا عنه وان قلنا انه عتق بصفة
وخرج من الثلث عتق بحكم التدبير وان دبر حمل جاريته ثم باعها مطلقا
ففيه قولان احدهما ان البيع صحيح ويكون رجوعا عن تدبيره والثاني
انه باطل وجناية المدبر كجناية غيره في التعلق برقبته وقال ابو حنيفة يجبر
السيد على فدائه وفيما يفديه به اذا زاد الارش على قدر القيمة قولان احدهما
انه يفديه بقدر القيمة والثاني انه يفديه بالارش او يسلمه للبيع فان دبره
عبده ثم ارتد فقد قال ابو اسحق لا يبطل التدبير ويعتق بموته فقيل يبطل
ومن اصحابنا من قال انه يبنى على الاقوال في ملكه وان دبر الكافر عبده الكافر
فاسلم العبد ولم يرجع المولى في التدبير فيه قولان احدهما انه لا يباع ويترك
على يد مسلم وينفق له اما ان ينفق عليه او يخارجه على شي والقول الثاني انه يباع
وهو اختيار المزني رحمه الله فان اختلف السيد والعبد فادعى العبد عليه

انه دبره وانكر ذلك فان قلنا ان التدبير عتق بصفة فالقول قول السيد وان
قلنا انه وصية ففيه وجهان اظهرهما انه ليس برجوع والقول قول السيد مع
يمينه والثاني انه رجوع فلا يصح الاختلاف ولا يمين عليه فان قلنا ان الولد يتبع المدبرة
فاختلف الوارث والمدبرة فقال الوارث حدث الولد قبل
التدبير وقالت المدبرة بل حدث بعد التدبير فالقول قول الوارث مع يمينه
فان نكل ردت اليمين على الام فان نكلت ففيه وجهان احدهما انه يحكم
برق الولد والثاني انه يوقف امره ليحلف اذا بلغ فان ادعت المدبرة انها ولدت
بعد موت سيدها وقال الوارث بل ولدت قبل موته وقلنا ان ولدها
لا يتبعها في التدبير فالقول قولها مع يمينها فان نكلت عن اليمين فهل
ترد اليمين على الوارث فيه وجهان احدهما انه ترد عليه والثاني انها توقف
على ما ذكرناه فان علق عتق جاريته على صفة فاتت بولد من زوج
او زنا فهل يتبعها في الصفة فيه قولان كما قلنا في التدبير فان بطلت
الصفة في الام لموتها او موته بطلت في الولد بخلاف المدبرة فانه
اذا بطل التدبير فيها لا يبطل في ولدها

كتاب المكاتب

انه اذا كاتب احد الشريكين نصيبه من العبد المشترك بغير اذن شريكه
لم يصح وحكي عن احمد والحسن انه يصح كتابته له بغير اذنه وان كاتبه
باذن شريكه ففيه قولان احدهما لا يصح والثاني انه يصح وهو قول ابي
حنيفة وقال يؤدي من كسبه ولا يرجع الذي اذن بشي مما اداه وقال ابو يوسف

ومحمد يصير جميعه مكاتبا وان كانت بعض عبد فالمنصوص انه لا يصح اختلاف
اصحابنا فقال اكثرهم لا يصح قولا واحدا ومنهم من قال اذا قلنا انه يصح كتابة
الشريك لنصيبه باذن شريكه صح هاهنا فان وصى بكتابة عبد
وعجز الثلث عن احتماله فالمنصوص انه يكاتب منه القدر الذي يحتمله الثلث
فمنهم من جعل في الجميع قولين ومنهم من قال يصح في الوصية وفرق
بينهما فان طلب العبد من سيده الكتابة وكان ذا كسب وامانة استحب
له اجابته ولا تجب وروي عن عمرو بن دينار وعطا انه تجب عليه اجابته
اذا سأله الكتابة بقيمته او اكثر وبه قال داود وان كان ذا امانة من غير
كسب ففيه وجهان احدهما انه يستحب اجابته والثاني انه لا يستحب والمراد
بالخير في قوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا الاكتساب والامانة وبه
قال ابو حنيفة ومالك وعمرو بن دينار وروي عن ابن عباس وعمر وعطا
انهم قالوا الخير الكسب خاصة وحكي الثوري والحسن البصري انهما قالا
الامانة والدين خاصة ولا تكره كتابته مع عدم الامانة والكسب وقال
احمد واسحق تكره كتابته اذا لم يكن له كسب ولا تجوز الكتابة الحالة
ولا تجوز على اقل من نجمين وبه قال احمد وقال ابو حنيفة ومالك الكتابة
الحالة جايزة ولا تجوز ان تجعل العبد المطلق عوضا في الكتابة وبه
قال احمد وقال ابو حنيفة رحمه الله تجوز وتحمل على عبد سندي فان
كاتبه على خدمة شهر ودينار قبل الشهر لم يصح وحكي عن اصحاب احمد انه

يصح وان كاتبه على خدمة شهر متصل بالعقد ودينار بعد الشهر بيوم او بيومين
يصح فان شرطه مع انقضا الشهر او في الشهر ففيه وجهان احدهما انه
يجوز وهو قول ابي علي بن ابي هريرة والثاني لا يجوز حتى يفصل بينهما وهو قول
القاضي ابي حامد فان كانت رجلان عبد بينهما وتفاضلا في المال مع
التساوي في الملك او تساويا في المال مع التفاضل في الملك ففيه
طريقان انه يبنى على القولين فيمن كاتب نصيبه من العبد المشترك
باذن شريكه والثاني انه يصح قولا واحدا وهو قول ابي حنيفة رحمه الله
فان كاتب جماعة اعبد له على نجوم معلوم بينهم ففي صحة الكتابة
قولان احدهما انها تصح وتقسط النجوم عليهم على قدر قيمتهم ولا يضمن احدهم
ما على الاخر وقال ابو حنيفة يضمن كل واحد منهم ما على الاخر فان قلنا
ان الكتابة فاسدة فادى احدهم ما يخصه فهل يعتق فيه وجهان احدهما
لا يعتق تغليبا لحكم الصفة فاذا ادى احدهم عن صاحبه شيا وعلم المولى
بذلك كان متبرعا به كما لو وهب باذنه وفي صحة ذلك قولان فاذا قلنا
انه لا يجوز ولم يكن قد حل ما عليه فهو بالخيار بين ان يسترجعه من مولاه
بين ان يحتسبه مما عليه فاذا لم يسترجعه ولا احتسبه عما عليه حتى
ادى ما عليه ففي استحقاق استرجاعه بعد عتقه وجهان اصحهما انه يستحق
استرجاعه وان رق المؤدي وعتق المؤدى عنه فان كان قد عتق بالمال
الذي اقرضه للاداء عنه ففيه وجهان خرجهما ابو علي الطبري في افصاحه
ان عتق المؤدى عنه قد نفذ ورق المؤدي قد استقر ويكون ذلك

رجا للسيد يرجع به على المعتق اعتبار الحكم الادا والعجز والثاني انه لا يعتق
المودي عنه ويعاد الى الرق اذا تعذر عليه ذلك من كتابته ويحتسب
به للمودي ويعتق والكتابه لازمه من جهة المولى جايزة من جهة العبد
وله الامتناع من ادا المال وهل له ان يفسخ الكتابة فيه وجهان احدهما
انه يملك والثاني انه لا يملك وقال ابو حنيفه الكتابة لازمه من جهة العبد
ايضا فلا يجوز للسيد فسخها الا بالافلاس فان مات المكاتب بطلت الكتابة
وقال ابو حنيفه ومالك اذا خلف وفا لم تبطل ويودي وارثه ويعتق في اخر
جزو من اجزا حيوته وان لم يكن له وفا حكم الحاكم بفسخ الكتابه
انفسخت وقال مالك اذا كان له ولد حر انفسخت الكتابه وان كان له ولد
مملوك فقد دخل معه في الكتابة اجبر على الاكتساب والادا ولا يجوز
شرط الخيار في الكتابة وقال ابو حنيفه رحمه الله يجوز

باب ما يملكه المكاتب وما لا يملكه

لا يملك المكاتب اقامة الحد على مملوكه على المنصوص وقيل يملك
وله ان يستوفي القصاص في الجناية عليه وعلى رقيقه وحكى الربيع فيه قولا
اخر انه لا يقبض من غير اذن المولى والمذهب الاول فان كانت المكاتبة
بين اثنين فاولدها احدهما وكان معسرا صار نصيبه ام ولد وفي الولد وجهان
احدهما وهو قول ابي علي بن ابي هريرة ان الولد ينعقد جميعه حرا ويثبت
للشريك في ذمة الواطي نصف قيمته والثاني وهو قول ابي اسحق ان
نصفه حر ونصفه رقيق لشريكه وهو الاصح وفيه وجه اخر ان نصف

الاخر موقوف على عتقها فان كان موسرا فالولد حر ونصف الجارية ام ولد ويقوم
عليه نصيب شريكه منها وهل يقوم في الحال فيه طريقان احدهما فيه
قولان احدهما انه يقوم في الحال والثاني انه يوخر التقويم الى حين العجز والطريق
الثاني يوخر التقويم قولا واحدا والاول اصح وان اتت المكاتبة بولد من زوج
وارنا تبعها في اصح القولين والثاني انه للمولى يتصرف فيه ما شا فعلى
القول الاول وهو قول ابي حنيفه اذا قتل الولد ففي قيمته قولان
احدهما انها للام والثاني انها للمولى فان اكتسب الولد شيا ففي
كسبه قولان احدهما انه للام والثاني انه موقوف فعلى هذا يجمع
الكسب فان اعتق ملك الكسب وان رق بعجز الام صار الكسب للمولى ومن
اصحابنا من خرج فيه قولا اخر انه للمولى كما قلنا في قيمته في احد القولين وان
اعتقه المولى وقلنا كسبه للمولى نفذ عتقه وان قلنا انه للام لم ينفذ
فان اشرفت الام على العجز وكان في كسب الولد وفا بمال الكتابة ففيه
قولان احدهما ان لها ان تستعين به على ادا مال الكتابة والثاني انه ليس
لها ذلك وان احتاج الولد الى نفقة وقلنا انه موقوف ففيها وجهان احدهما
انها على المولى والثاني انها في بيت المال فان حبس المولى المكاتب مدة استحق
عليه اجرة المثل في اصح القولين والثاني يلزمه ان يخليه مثل تلك المدة
وان قهر اهل الحرب المكاتب على نفسه مدة ثم افلت من ايديهم ففيه
قولان احدهما انه يجب على المولى تخليته مثل تلك المدة والثاني لا يجب عليه تخليته
فان اراد المكاتب السفر فقد قال في الام يجوز وقال في الامالي لا يجوز بغير

اذن السيد فمن اصحابنا من قال فيه قولان احدهما انه يجوز وهو قول ابي حنيفة حتى
قال لو شرط عليه سيده ان لا يسافر سقط الشرط وجاز له السفر والقول
الثاني ليس له السفر وهو قول مالك ومن اصحابنا من قال ان كان السفر طويلا
لم يجز وان كان قصيرا جاز والاول اصح ولا يجوز له ان يتزوج بغير اذن مولاه
فان اذن له جاز وحكي عن ابي ليلى انه قال ان شرط عليه ان لا يتزوج الا باذنه
لم يتزوج حتى يستامره وان لم يشترط ذلك جاز ان يتزوج بغير اذنه وان
اقر بجناية الخطا ففيه قولان احدهما انه يقبل وان تبرع باذن المولى صح في اصح
القولين وفي الثاني لا يصح وهو قول ابي حنيفة فاما ولد ولد المكاتبة فقد قال
الشافعي رحمه الله ولد البنات كالبنات وولد البنين كالامهات يعني ذلك ان ولد
بنيها حكمه حكم امه وولد ابنتها حكمه حكم امه دون ابيه وبه قال
ابو يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة ولد البنت يدخل في كتابة امه دون جدته
فان وطي المولى مكاتبته لم يجب عليه الحد وعزر وحكي عن الحسن البصري رحمه الله
انه قال يجب عليه الحد فان شرط على المكاتبة ان يطاها فسدت الكتابة
وحكي عن مالك انه قال يفسد الشرط ويصح العقد وقال احمد يصح العقد والشرط
جميعا ويجب على المولى المهر بوطيها ونقل المزني رحمه الله انه قال ان اكرهها
وجب عليه المهر فمن اصحابنا من حمله على ظاهره وقال اذا طاوعته لا مهر عليه
ومنهم من قال يجب عليه المهر مكرهة كانت او مطاوعة وقد نص
الشافعي رحمه الله في الام وحكي عن مالك انه قال لا يجب عليه المهر فان اذن له
المولى في التسري فمن اصحابنا من قال فيه قولان كما لو اذن له في الهبة ومنهم

من قال يجوز قولا واحدا اذا قلنا انه يملك بالتمليك وان وهب لمولاه او حاباه او
اقرضه فان قلنا يصح الهبة للاجنبي باذن المولى صح وان قلنا لا يصح في حق الاجنبي
باذنه لم يصح منه فعلى هذا له ان يسترجع ما وهبه منه فان لم يسترجعه
حتى عتق لم يسترجع على ظاهر المذهب ومن اصحابنا من قال له ان يسترجع ويجب
على المولى الايتاء في الكتابة وهو ان يحط عنه من مال الكتابة شيئا او يدفع
اليه شيئا يستعين به على اداء مال كتابته وبه قال احمد وقال ابو حنيفة
والثوري ومالك الايتاء مستحب وفي وقت وجوب الايتاء وجهان احدهما بعد
العتق والثاني وهو قول ابي اسحق وغيره ان وقته اذا ادى اكثر مال
كتابته واشرف على العتق واما قدره فقد نص الشافعي رحمه الله انه يجزي
ما يقع عليه الاسم وقال ابو اسحق في الشرح يكون بحسب الكتابة في قلة
المال وكثرته قال الشيخ ابو نصر رحمه الله وهذا له وجه ولكنه يخالف
نص الشافعي رحمه الله فان اعطاه من غير جنس مال الكتابة لم يلزمه قبوله
وان اعطاه دراهم من غير الدراهم التي اداها اليه ففيه وجهان احدهما انه
يلزمه قبولها ومنهم من قال لا يلزمه وهو ظاهر كلام الشافعي رحمه
الله وليس لولي الصبي ان يكاتب عبده ولا يعتقه على مال وقال ابو حنيفة
ومالك واحمد يجوز له كتابته وزاد احمد فقال يجوز له عتقه على مال فان مات
المولى قبل الايتاء حاص المكاتب الغرما ومن اصحابنا من قال يحاص الرضا والاول اصح

باب الادا والعجز

لا يعتق المكاتب ولا شي منه ما بقي عليه شي وبه قال مالك وابو حنيفة واصحابه

يحكي عن ابي مسعود انه قال اذا ادى قدر قيمته عتق وكان عليه الباقي يطالب
به بعد عتقه وعن علي رضي الله عنه روايتان احديهما انه اذا ادى نصف
ما عليه عتق كله وطولب بالباقي بعد عتقه والثاني انه يعتق منه
بقدر ما ادى وقال شريح اذا ادى ثلث ما عليه عتق كله وادى الباقي
في حال حريته فان كانت رجلان عبد ثم اعتق احدهما نصيبه او ابراه مما عليه
عتق نصيبه قال اصحابنا فان كان موسرا قوم عليه نصيب شريكه قال
الشيخ الامام ابو اسحق رحمه الله وعندي انه يجب ان يكون على القولين فيه اذا
دبر الشريكان عبدهما ثم اعتق احدهما نصيبه فان قلنا يقوم عليه ففي وقت
التقويم قولان احدهما انه يقوم عليه في الحال والثاني انه يؤخر الى حال العجز
فان كاتب عبدا ومات وخلف ابنين فابراه احدهما من نصيبه عتق وهل
يقوم عليه نصيب شريكه ان كان موسرا فيه قولان اصحهما انه يقوم عليه وهل
يتعجل التقويم على ما ذكرناه من القولين فان كاتب اثنان عبدا واذن له
احدهما في تعجيل حق شريكه من المال وقلنا ان اذنه يصح عتق نصيبه وهل
يقوم عليه نصيب شريكه فيه قولان ومتى يقوم على ما ذكرناه من القولين
وان حل على المكاتب مال وهو غايب ففيه وجهان احدهما انه يفسخ الكتابة
والثاني انه ليس له الفسخ بل يكتب الى حاكم البلد الذي فيه المكاتب ليطالبه فان
عجز او امتنع فسخ فان قبض المال ثم وجد به عيبا فرده انفسخ العتق وقال احمد لا
ينفسخ وان كاتبه على خدمة شهر ودينار فمرض بطلت الكتابة في الخدمة
وفي الباطن طريقان احدهما انه على قولين والثاني لا يبطل قولا واحدا اذا باع

المولى ماله في ذمة المكاتب وقلنا انه لا يصح فقبضه المشتري فقد قال الشافعي
رحمه الله يعتق وقال في موضع اخر لا يعتق واختلف اصحابنا فقال ابو العباس فيه
قولان اصحهما انه لا يعتق وقال ابو اسحق هو على اختلاف حالين فحيث قال
يعتق اذا امره السيد بالدفع اليه وحيث قال لا يعتق اذا لم يامر السيد
بالدفع اليه فان اجتمع على المكاتب دين معاملة وارش جناية ودين الكتابة ولم
يتسع ما في يده للجميع فظاهر كلام الشافعي رحمه الله انه يوزع ماله بينهم
على قدر ديونهم قال القاضي ابو الطيب رحمه الله لا يختلف اصحابنا انه يقدم
دين المعاملة ثم ارش الجناية وتاول كلام الشافعي رحمه الله اذا اتسع ماله وذكر
الشيخ ابو حامد رحمه الله انه حكي عن ابي اسحق المروزي انه قال بظاهر كلام الشافعي
رحمه الله فان كان دينه ارش جناية وليس في يده شي وكان دون الثمن بيع ما
يقضي به الارش ويبقى الباقي على الكتابة فان ادى كتابة ما فيه عتق وهل
يقوم الباقي على المولى ان كان موسرا فيه وجهان

باب الكتابة الفاسدة

اذا اذن في الكتابة الفاسدة ما سماه عتق رجع المولى على المكاتب بقيمة رقبته
ورجع المكاتب على المولى بما اداه اليه فان كانت من الاثمان ففيه اربعة اقوال
احدها انهما يتقاصان اذا رضي احدهما بالمقاصة تقاصا وان لم يرض واحد
منهما لم يتقاصا والثالث انهما ان تراضيا تقاصا والرابع انهما لا يتقاصان
بحال ولا تصح كتابة الصبي والمجنون وقال ابو حنيفة واحمد يصح كتابة الصبي
المميز وهل يكون حكمها حكم الكتابة الفاسدة في حق البالغ في التراجع وغيره
فيه وجهان احدهما وهو قول ابي اسحق انه لا يكون حكمها حكم الكتابة الفاسدة

في الاكتساب والتراجع والثاني وهو قول ابي العباس انه يملك ما فضل من كسبه
ويثبت بينهما التراجع فان عقد الكتابة على انه اذا ادى نجما عتق منه بقسطه
كانت الكتابة فاسدة فان ادى نجما عتق منه بقسطه بحكم الصفة
ويسري العتق الى باقيه ويرجع السيد على المكاتب وفيما يرجع به عليه وجهان
احدهما انه يرجع عليه بجميع القيمة والثاني يرجع عليه بقيمة ما عتق بادايه دون
ما عتق بالسراية فان كاتب نصيبه من عبد من غير اذن شريكه فجمع ما
كسبه ودفع جميعه اليه ففيه وجهان احدهما انه لا يعتق والثاني انه
انه يعتق وان كاتبه باذن شريكه وقلنا انه يصح فجمع جميع الكسب
ودفعه الى الذي كاتبه فقد قال بعض اصحابنا فيه وجهان كالقسم قبله
والمذهب انه يعتق اذا كاتب ثلثة اعبد له في عقد واحد على نجوم معلومة
صح العقد في اصح القولين وهو قول ابي حنيفه ومالك ويقسم النجوم على قدر
قيمتهم والثاني انها فاسدة فعلى هذا اذا ادوا ولم تبطل الصفة عتقوا
ووجب للسيد قيمتهم وان ادى واحد منهم عتق على ظاهر قوله في الاملا
ومن اصحابنا من قال لا يعتق فان مات السيد في الكتابة الفاسدة فادى الى
ورثته لم يعتق وقال ابو حنيفه واحمد يعتق كما يعتق في الكتابة الصحيحة
فان كاتب عبده وهو عاقل فادى وهو مجنون فقد نقل المزني انه يعتق
بالادا ولا يرجع احدهما على الاخر بشي ونقل الربيع انهما يتراجعان وفيه
ثلثة طرق احدها وهو قول ابي العباس بن سريج انهما يتراجعان على ما
نقله الربيع والثاني وهو قول ابي اسحق ان الصحيح ما نقله المزني وما نقله
الربيع المراد به اذا كاتبه فاسدا ثم جن وادى وقال القاضي ابو حامد فيه قولان

باب اختلاف المولى والمكاتب

اذا اختلفا في قدر المال او في نجومه تحالفا فان كان ذلك قبل العتق فهل
ينفسخ الكتابة بنفس التحالف او يفتقر الى الفسخ فيه وجهان وبقولنا قال
ابو يوسف ومحمد وقال ابو حنيفه رحمه الله القول قول المكاتب وعن احمد ثلث
روايات احدها كقولنا والثانية كقول ابي حنيفه والثالث ان القول
قول السيد اذا كاتب عبدين ثم اقر بانه استوفى من احدهما او ابرا احدهما واشكل
عليه لم يقرع بينهما فان ادعيا عليه انه يعلم عينه حلف لكل واحد منهما
ويبقيا على الكتابة ومن اصحابنا من قال ترد الدعوى عليهما فان حلفا او نكلا
بقيا على الكتابة فان مات المولى قبل التعيين ففيه قولان احدهما انه يقرع
بينهما والثاني انه لا يقرع بينهما بل يرجع الى الوارث فان قال الوارث لا
اعلم وادعيا علمه حلف ويبقيا على الرق قال اصحابنا ويودي كل واحد منهما
جميع مال كتابته حتى يعتق قال الشيخ ابو نصر رحمه الله وعندي انهما لو اتفقا
وقالا لا نحن نودي ما على احدنا كان لهما ذلك فان كاتب ثلثة اعبد في عقود
او في عقد واحد وقلنا يصح الكتابة وقيمة احدهم مائة وقيمة كل واحد
من الاخرين خمسون وادوا ما الامر ايديهم ثم اختلفوا فقال من كثرت قيمته
النصف لي ولكل واحد منكما الربع وقال الاخران بل المال بيننا اثلاثا
فقد قال في موضع القول قول من كثرت قيمته وقال في موضع القول قول من قلت
قيمته فمن اصحابنا من قال المسالة على قولين ومنهم من قال هي على اختلاف حالين

يجب قال القول قول من كثرت قيمته اذا كان العتق قد وقع بالاداء فيجب قال
القول قول من قلت قيمته اذا لم يكن العتق قد وقع بالاداء ويقسط العوض
على قدر قيمتهم فاذا ادى كل واحد منهم حصته عتق وقال ابو حنيفة ومالك
كل واحد منهم ضامن فلا يعتق واحد منهم الا باداء الجميع وله ان يطالب
ايهم شاء وحكي عن مالك انه قال اذا امتنع واحد منهم عن الاكتساب اجبره
الباقون عليه وان اعتق السيد واحدا منهم قبل الاداء وكان مكتسبا لم
ينفذ عتقه وان كان غير مكتسب نفذ فان كاتب اثنان عبدا واذن
احدهما لشريكه في قبض نصيب نفسه فقبضه فهل يصح فيه قولان
احدهما انه لا يصح ويكون بمنزلة ما لو قبض بغير اذنه وبه قال ابو حنيفة و اختاره
المزني والثاني انه يصح ويكون مستوفيا لحقه فعلى هذا يعتق عليه ويقوم
عليه نصيب شريكه وحكم تقويمه على ما ذكرناه فان اراد المكاتب تعجيل
نجم قبل محله وكان البلد مخوفا حين العقد والتعجيل فهل يلزمه القبول
فيه وجهان احدهما انه يلزمه والثاني لا يلزمه قال الشيخ ابو نصر رحمه الله والاولى
عندي ان يعتبر في ذلك حال القبض دون العقد فان كاتبه على الف
يؤديها اليه في نجمين الى سنة ثم قال له عجل لي خمسمائة حتى ابريك من الباقي
او صالحني منها على خمسمائة لم يصح الصلح والابراء ولا يعتق وبه قال ابو يوسف
وزفر وقال ابو حنيفة واحمد يجوز قاله ابو حنيفة استحسانا فان اعتق المكاتب
عبده او كاتبه بغير اذن مولاه لم يصح وقال ابو حنيفة يصح الكتابة ولا يصح العتق
وان اذن له المولى فيه ففيه قولان كسائر التبرعات فان قلنا ينفذ عتقه

وكتابته ففي الولاء قولان احدهما انه للسيد وبه قال ابو حنيفة والثاني انه موقوف
بين السيد والمكاتب فعلى هذا اذا مات هذا المعتق قبل عتق المكاتب ولا ينسب
له فهل يوقف الميراث حكى الشيخ ابو حامد فيه قولين احدهما انه يوقف والثاني انه
يكون للسيد وليس بشيء فان اعتق المكاتب عبده عن سيده باذنه صح في
اصح القولين وان اعتقه عن نفسه لم يصح في اصح القولين ذكر ذلك الشيخ ابو
حامد فان اعتق المولى مكاتبه وقد جنى جناية يتعلق برقبته فهل يسقط
ارش الجناية فيه وجهان احدهما انه يسقط والثاني انه يستوفيه مما في يده
وان جنى العبد المكاتب عليه خطا وكان ممن لا يجوز بيعه كالاب والولد
فهل يجوز له بيعه في الجناية فيه وجهان احدهما لا يجوز كغير الاب
والثاني انه يجوز للمكاتب ان يشتري اباه ولا ابنه بغير اذن سيده وقال
ابو حنيفة واحمد يجوز له ان يشتريهما ولا يجوز له بيعهما وقال في غيرهما
من ذوي المحارم يجوز له بيعهم وان اشتراه باذن سيده فقد قال ابو اسحق
يجوز ذلك قولا واحدا بخلاف الهبة وقال ابو العباس وغيره فيها قولان
كالهبة باذنه فان قلنا يصح لم يجز له بيعه وكان موقوفا معه وينفق عليه
بحكم الملك وحكي عن ابي هريرة انه قال يجوز له بيعه وليس بصحيح فان
جنى المكاتب على مولاه خطا تعلقت الجناية برقبته وله ان يفدي نفسه
وبماذا يفدي فيه قولان احدهما باقل الامرين والثاني بارش الجناية
فان كان الارش اكثر من قيمته فقد ذكر الشيخ ابو حامد رحمه الله ان
له ان يفدي نفسه به وذكر القاضي ابو الطيب رحمه الله انه يبنى على

القولين في هبته لسيده فان قلنا انها تصح كان له ذلك فان قلنا لا تصح لم يكن
له ذلك وهذا يقتضي ان للسيد ان يمنع من ذلك قال الشيخ ابو بكر رحمه الله
وعندي انه يلزمه ذلك لانه لا يمكنه ان يفدي نفسه الا بذلك واذا امكنه
ان يفدي نفسه ويؤدي مال الكتابة فليس للمولى الامتناع واذا عجز المكاتب
عن الاداء فهل يقف الفسخ على الحاكم فيه وجهان احدهما انه لا يحتاج
الى الحاكم والثاني يفتقر الى حكمه ولا يجوز بيع رقبة المكاتب وبه قال
مالك وابو حنيفة وقال في القديم يجوز بيعه فان ادى الى المشتري عتق
وكان الولاء له وان عجز فسخ الكتابة وكان رقيقا له وبه قال عطاء واحمد
وقال الزهري وربيعة ان كان باذن المكاتب جاز وان كان بغير اذنه لم
يجز وحكى الطحاوي ذلك عن ابن ابي عمران عن ابي يوسف

كتاب عتق امهات الاولاد

اذا علقت امته منه بحر في ملكه صارت ام ولد له يعتق بموته وان علقت
بمملوك في غير ملكه من زوج او زنا لم تصر ام ولد له وقال ابو حنيفة تصير ام ولد
اذا ملكها ولحقه نسب ولدها وان علقت منه بحر لشبهة في غير ملك
لم تصر ام ولد في الحال وهل تصير له ولدا اذا ملكها فيه قولان وان علقت
بمملوك في ملك ناقص وهو في جارية المكاتب اذا علقت بولد من مولاها
ففيه قولان احدهما انها لا تصير ام ولد والثاني انها تصير ام ولد واذا القت امته
مضغة لم تتصور ولم يتخطط وشهد اربع نسوة من اهل المعرفة والعدالة
انه مبتدا خلق بشر ولو بقي لكان ادميا فقد قال هاهنا لا تصير ام ولد

وقال في العدة تنقضي به العدة فمن اصحابنا من جعلهما على قولين ومنهم من
فرق بينهما فاما كتابة ام ولد فقد قال ابن القاص لا يجوز كتابتها ومن اصحابنا
من قال تجوز لان الشافعي رحمه الله قال اذا استولد المكاتبة صارت ام ولد
والكتابة بحالها وفي تزويج ام الولد ثلثة اقوال احدها انه الى المولى يملك
تزويجها بغير رضاها والثاني يملك تزويجها برضاها ولا يملك من غير رضاها
والثالث انه لا يملك تزويجها بحال فعلى هذا هل يجوز للحاكم تزويجها
فيه وجهان احدهما وهو قول ابي علي بن ابي هريرة انه لا يملك والثاني
وهو قول ابي سعيد الاصطخري انه يملك ذلك فان جنت ام الولد فداها
بقيمتها ثم جنت ثانيا ففيه قولان احدهما يلزمه ذلك وتقسم القيمة الماخوذة
بينهما

باب الولاء

اذا اعتق الحر مملوكا فولاؤه له وان باع الرجل عبده من نفسه ففيه وجهان
احدهما انه يثبت له عليه الولاء والثاني انه لا ولاء عليه لاحد فان اعتق ذمي
عبده فلحق بدار الحرب وسبي ففيه وجهان احدهما انه لا يجوز ان يسترق
والثاني انه يجوز ولا يصح بيع الولاء ولا هبته ولا الوصية وحكي عن عروة
بن الزبير وسعيد بن المسيب والشعبي والنخعي انهم قالوا يصح بيعه وهبته
فان اعتق عبدا سائبة لا ولاء عليه ثبت الولاء عليه وقال احمد لا ولاء عليه فان
مات العبد المعتق والمولى ميت ورثه عصبات المولى دون سائر الورثة
فلا ترثه بنت المولى وحكي عن طاوس انه قال ترثه قرابة المولى من الرجال
والنساء ويقدم الاقرب فالاقرب من عصباته فيقدم ابن المولى على ان المولى وكذلك

ابن الابن وان نزل وبه قال مالك وابو حنيفة ومحمد وقال الشعبي والنخعي
وابو يوسف للاب السدس والباقي للابن حكي عن سفين الثوري انه قال
يكون بينهما نصفين فان اجتمع اخ وجد ففيه قولان احدهما انهما وبه
قال الاوزاعي وابو يوسف ومحمد واسحق والثاني ان الاخ اولى وبه قال
مالك وقال ابو حنيفة الجد احق وبه قال ابو ثور فان قلنا انهما سوا
فالجد مقدم على ابن الاخ فان قلنا ان الاخ يقدم على الجد فابن الاخ يتقدم
عليه ايضا فان اجتمع جد واخ لاب وام واخ لاب قال ابو العباس يقسم
المال بين الاخ للاب والام والجد ويسقط الاخ من الاب حكاه ابن
اللبان الفرضي قال ابن اللبان وفيه نظر عندي والقياس ان يعاده به
كالارث بالنسب فان اجتمع ابو الجد مع العم ففيه ثلثة اقوال احدها
ان ابا الجد اولى والثاني ان العم اولى والثالث انهما سوا حكاه ابن اللبان
وذكر انه القياس فان اجتمع اخ المولى للاب والام والاخ للاب قدم
الاخ من الاب والام ومن اصحابنا من قال فيه قولان احدهما انه يقدم الاخ
للاب والام والثاني انهما سوا فان مات المولى وخلف ابنين ثم مات
احد الابنين وخلف ابنا ثم مات المعتق فالمال لابن المولى دون ابن ابنه وقال
شريح المال بين ابنه وابن ابنه نصفين فان تزوج عبد لرجل معتقة قوم
فاتت منه بولد فلمولى الام الولا على الولد فان اعتق العبد بعد ذلك انجر الولا
من مولى الام الى مولى الاب في الولد وروي ذلك عن عمر وعثمن وعلي وابن
مسعود في زيد والزبير رضي الله عنهم وبه قال مالك وابو حنيفة واصحابه

وروي عن رافع بن خديج ومالك بن اوس بن الحدثان انه لا ينجر الولا عن مولى الام
وهو قول الزهري وداود فان اعتق جد الولد دون ابيه ففيه ولايته ثلثة اوجه
احدها انه ينجر الولا الى مولى الجد وهو قول مالك والثاني انه لا ينجر وهو قول ابي
حنيفة والثالث ان الاب ان كان حيا لم ينجر الولا الى مولى الجد فاعتق الاب بعد
ذلك انجر الولا الى مولاه ونظيره اذا اسلم الجد والاب كافر فهل يتبع ولد
الجد في الاسلام فيه وجهان فان تزوج عبد معتقة قوم واولدها ولد
ثبت للولا على الولد لمولى الام فان اشترى الولد اباه عتق عليه وثبت له
عليه الولا فهل ينجر ولا نفسه بعتق الاب عن مولى امه ففيه وجهان احدهما لا
ينجر وهو قول مالك وابي حنيفة والثاني انه ينجر ولا نفسه بعتق ابيه فيزول
ولا مولى امه عنه ولا يثبت له الولا على نفسه فيصير حرا لا ولا عليه ولا يرث
المولى من اسفل وقال طاوس يرث فان اعتق في مرضه عبدا فهو جميع
ماله واجازته الورثة ولم يعتبر لفظ العتق في الاجازة ففي ولا الثلثين الوجهان
احدهما انه يثبت للورثة وهو قول الاصطخري والثاني انه يثبت للمعتق
كولا الثلث وهو قول ابي الحسن الفرضي فان اعتق عبده عن غيره بغير
اذنه وقع العتق عن نفسه وكان ولاوه له وقال مالك يكون ولاوه
للمعتق عنه اذا مات رجل وخلف ابنين وعبدا وادعى العبد ان سولاه كاتبه
فصدقه احدهما وكذبه الاخر فادى الى المصدق كابنه عتق نصفه وفي
ولايه وجهان احدهما انه بينهما والثاني انه للمصدق فان كان الاب حر الاصل
والام معتقة لم يثبت الولا على الولد ولا فرق بين ان يكون الاب عربيا

وبين ان يكون اعجميا وقال ابو حنيفه ان كان اعجميا يثبت الولا على ولده وبناه على
اصله في جواز استرقاق عبدة الاوثان من العجم دون العرب فان كان
الاب معتقا والام حرة الاصل فهل يثبت الولا على الولد فيه وجهان
حكيا عن الداركي احدهما انه لا يثبت والثاني انه يثبت فاما
اذا كان الاب مجهول النسب محكوما بحريته بالظاهر والام معتقه
فهل يثبت الولا على الولد لمولى الام قال ابو العباس قياس قول الشافعي
رحمه الله انه لا يثبت عليه الولا كما لو كان معروف النسب وقال
ابن اللبان ظاهر مذهب الشافعي رحمه الله انه يثبت عليه الولا اذا مات
ويرث مولى امه ومولى ام جده وجداته مملوك كان الولد
لمعتق ام جده وكان بعض اصحابنا يقول مولى امه اولى اذا اعتق كافر
مسلما ثبت له عليه الولا وان لم يرثه وحكى بعض اصحابنا عن مالك
انه قال لا يثبت له عليه الولاء

كتاب الفرايض

اذا مات وعليه دين بدا بقضا دينه ولا يمنع الدين انتقال الملك في التركه
الى الورثه على المذهب وقال ابو سعيد الاصطخري لا ينتقل الملك
اليهم مع بقا الدين فان كان الدين اكثر من قيمة التركة فقالت الورثه
نحن نفك التركه بقيمتها وقال الغرما نبيع التركه ففيه وجهان
بنا على القولين في العبد الجاني اذا اختار السيد ان يفديه بقيمته
والثاني انه يفديه بارش الجنايه او يسلمه للبيع ولا يورث بالمواخاة
في الدين والموالاة في النصرة والارث وقال ابو حنيفه اذا تعاقدا على ان
يرث كل واحد منهما الاخر ويعقل عنه بالعقد صحيح يتوارثان به عند عدم
التوارث ولكل واحد منهما ان يرجع منه ما لم يعقل احدهما عن الاخر فاذا
عقل عنه بدم وقال النخعي ليس لواحد منهما فسخها بحال وذكر
ذو الارحام من ليس له فرض ولا تعصيب وهم عشرة ولد البنات وولد الاخوات
وبنات الاخوة وبنات الاعمام وولد الاخوة من الام والعم من الام والعمة
والخال والخالة والجدات الام ومن يدلي بهم فانهم لا يرثون وقال
ابو حنيفه واحمد يرثون وعندنا لا يرد على ذوي الفروض زيادة على فروضهم
وقال ابو حنيفه يرد عليهم على قدر فروضهم الا على ولا يرث الكافر المسلم ولا
المسلم الكافر وحكي عن معاذ بن جبل ومعويه رضي الله عنهما انهما قالا يرث
المسلم الكافر ولا يرث الكافر المسلم وبه قال اسحق وان اعتق مسلم عبدا كافرا
لم يرثه بالولا وقال احمد يرثه ويرث الكافر بعضهم بعضا على اختلافهم وقال
شريح وابن ابي ليلى واحمد واسحق لا يرث اهل ملة اخرى ولا يجري
التوارث بين اهل الحرب واهل الذمة ويرث اهل الحرب وقال
ابو حنيفه اهل الحرب يتوارثون الا ان تختلف بهم الدار واختلاف الدار
باختلاف ملوكهم ذمي مات وخلف اما يهودية وابنا مسلما واربعة
اخوة وهم ذميان يهودي ونصراني ومجوسي معاهد ووثني وحربي
فعندنا لامه السدس والباقي بين اخوته الثلثه اليهودي والنصراني
والمجوسي وعلى قول معاذ لامه السدس والباقي لابنه المسلم وعلى قول
مالك لامه الثلث والباقي لاخيه اليهودي وعلى قول ابي حنيفه لامه

لامه السدس والباقي بين اخوته اليهودي والنصراني والمرتد لا يورث وماله
في بيت المال وقال مالك الزنديق يكون ماله لورثته المسلمين وكذا
قال اذا قصد بردته في مرضه ان يزوي ورثته وقال ابو يوسف ومحمد جميع
مال المرتد موروث لورثته وقال ابو حنيفه ما اكتسبه في حال
اسلامه يرثه ورثته المسلمون وقال داود ماله لورثته من اهل الدين
الذي ارتد اليهم وقال علقمه وقتاده ماله لاهل الدين الذي انتقل اليه
وعند ابي حنيفه اذا لحق المرتد بدار الحرب قسم ماله بين ورثته وحل
دينه المؤجل وعتق مدبروه وامهات اولاده اذا مات مسلم وله ابنان
مسلم وكافر فالميراث للمسلم فان اسلم الكافر بعد موته لم يشاركه
وقال الحسن البصري ومكحول وجابر بن زيد ان اسلم قبل القسمه شاركه وبه قال
احمد ولا يرث العبد الحر ولا الحر العبد وحكي عن عبد الله ابن مسعود والحسن
البصري انهما قالا اذا مات العبد قريب يرثه اشتري العبد من تركته
وعتق ودفع اليه الباقي وقال طاوس يرثه ويكون لسيده فاما من نصفه
حر ونصفه رقيق فانه لا يرث وقال احمد يرث بقدر ما فيه من الحريه وحكي
عن المزني وروي عن ابن عباس رضي الله عنه انه يرث جميع ماله وحكي
ذلك عن ابي يوسف ومحمد ذكره في الحاوي وان مات من نصفه حر
فهل يورث ما اكتسبه بنصفه الحر فيه قولان احدهما انه يورث عنه
والثاني انه لا يورث قال ابو سعيد الاصطخري فعلى هذا يدفع الى بيت
المال وحكي في الحاوي ان يكون لسيده فاما المكاتب فلا يرث ولا يورث وبه قال

احمد وحكي عن عبد الله بن عباس انه قال اذا كتبت صحيفة المكاتب عتق وصار
حرا يرث ويورث منه وقال علي بن ابي طالب رضي الله عنه يعتق منه بقدر ما
ادى ويرث به ويورث منه بقدر ما بقي ولا يرث به ومن قتل موروثه لم
يرثه وبه قال احمد ومن اصحابنا من قال ان كان قتله مضمونا لم يرثه وقيل ان
كان متهما فيه كالمخطي والحاكم يقتل موروثه بالبينة لم يرثه وان كان
غير متهم بان قتله باقراره بالزنا ورثه وقال الاصم وابن عليه القتل لا يوجب
حرمان الميراث وقال سعيد بن المسيب وعطا ومالك ان كان القتل
عمدا لم يرث المقتول وان كان خطا ورثه الا من الديه وقال الحسن وابن سيرين
يرثه من الديه ايضا وقال ابو حنيفه المباشر للقتل لا يرث الا ان يكون
صبيا او مجنونا او عادلا قتل باغيا والقاتل بالسبب يرث الا ان يكون راكبا
لدابة فرفست قريبه لم يرثه وقال محمد بن الحسن يرث الباغي العادل كما
يرث العادل الباغي دية المقتول موروثة كساير امواله وروي عن علي بن ابي
طالب رضي الله عنه انه قال لا يرثها الا العصبات الذين يعقلون عنه
وقال ابو ثور يرثها جميع ورثته الا انه لا يقضي منها دينه ولا ينفذ منها
وصيته واختلف قول الشافعي رحمه الله فيمن ابان امراته في مرضه المخوف
واتصل به الموت على قولين احدهما انها ترثه وهو قول ابي حنيفه ومالك
واحمد والثاني انها لا ترثه وهو اختيار وهو الاصح فاذا قلنا انها ترث فالى
اي وقت ترث فيه ثلثة اقوال احدها انها ترثه ما دامت في العدة وهو قول
ابي حنيفه والثاني انها ترثه ما لم تتزوج والثالث انها ترثه وان تزوجت

وهو قول مالك وان لم يكن مرضه مخوفا فهو كالصحيح وقال زفر هو كالمرض المخوف
فيرث ذكره في الحاوي فان سالته الطلاق لم يرث وقال ابو علي بن ابي هريرة ترثه
وبه قال مالك فان فسخ نكاحها في حال المرض باحد العيوب فهل يرث فيه
وجهان احدهما انها لا ترث واذا قلنا انها ترث في حال العدة فانها لا تنتقل
الى عدة الوفاة وقال ابو حنيفة ينتقل اليها فان اقر في حال مرضه انه كان قد
طلقها ثلثا في حال صحته لزمه اقراره وهل ترثه ذكر الشيخ ابو حامد
انها لا ترثه قولا واحدا وحكى القاضي ابو الطيب رحمه الله عن الماسرجسي عن
بعض اصحابنا انه قال في ذلك قولان احدهما انها ترثه وهو قول ابي حنيفة فان قال
اذا جا راس الشهر فانت طالق فجا راس الشهر وهو مريض لم ترثه قولا واحدا
وهو قول ابي حنيفة وقال مالك وزفر ترثه فان قال لها في حال المرض انت
طالق ان شئت فقالت قد شئت لم ترثه قال ابو حنيفة وقال مالك
ترث وهو احدى الروايتين عن احمد اذا كان له زوجتان فقال لاحديكما طالق ثم
عينه في مرضه ففيه وجهان بنا على ان الطلاق عند التعيين يقع من حين
التعيين او من حين الايقاع فيه وجهان فان وكل وكيلا في طلاق امراته
فلم يطلقها الوكيل حتى مرض الزوج ففيه وجهان احدهما ان حكمه حكم
طلاقه في المرض فان قال السيد لامته المزوجة انت حرة في غد فلما علم الزوج
ذلك قال انت طالق في غد ففيه وجهان احدهما انها ترث وان طلق زوجته
في مرضه فارتدت ثم عادت الى الاسلام ثم ترثه وبه قال ابو حنيفة وقال مالك
ترثه ولو ارتدت الزوجة في مرضها وماتت لم يرثها وقال ابو حنيفة يرثها فان

طلقها في مرضها اعتدت ثلثة اقرا وقال ابو حنيفة تعتد باقصى الاجلين من ثلثة اقرا
او اربعة اشهر وعشر اذا قذفها في حال الصحة ولاعنها في حال المرض ومات
لم ترث قولا واحدا وقال ابو حنيفة وابو يوسف ترثه فاما اذا طلق اربع
زوجات في مرضه وتزوج اربعا ثم مات وقلنا ان المبتوتة في المرض ترث ففيه
ثلثة اوجه احدها انه ترثه الزوجات دون المطلقات والثاني انه ترثه
المطلقات والثالث ان نصيب الزوجات بين الجميع اذا مات متوارثان
بغرق او هدم ولم يعلم السابق منهما لم يورث احدهما من الاخر كثلثة اخوة
غرقوا ولهم ام وابن عم فان الام ترث الثلث من تركة كل واحد منهم
والباقي لابن العم وهو قول ابي بكر وعمر رضي الله عنهما في احدى الروايتين عنه
وابن عباس وابي حنيفة واصحابه وروي عن علي رضي الله عنه انه قال يرث
كل واحد منهم من تليد مال صاحبه ولا يرث من طارفه يعني انه لا يرثه مما
ورثه منه فيرث الام من كل واحد منهم السدس وهو قول عطا واحمد وشريح
واحد كل من ذكرنا انه لا يرث فانه لا يحجب وحكي عن عبد الله بن مسعود
رضي الله عنه انه قال يحجبون الحجب المقيد المطلق يريد به ان الابن اذا كان
كافرا لا يحجب ابنه ويحجب الزوج والزوجة والام فاما المفقود اذا طالت غيبته
فانه على حكم الحيوة حتى يمضي عليه مدة يعلم قطعا انه لا يعيش اليها من غير تقدير
بزمان وهو ظاهر مذهب ابي حنيفة ومالك وحكي عن الحسن بن صالح انه قال ينتظر
الى ان يمضي عليه ثلث وعشرين سنة مع سنة فقده وقال ابو يوسف يوقف
مايه وعشرين سنة مع سنة يوم فقده فقال عبد الملك الماجشون تمام

سبعين سنة مع سنة يوم فقد ثم تحكم لموته وقال ابن عبد الحكم
يوقف تمام سبعين سنة يوم فقد ه

باب ميراث اهل الفرض

الفروض المذكورة في كتاب الله تعالى ستة النصف والربع والثمن والثلثان
والثلث والسدس تحجب الام من الثلث الى السدس باثنين من الاخوة والاخوات
وحكي عن ابن عباس ومعاذ بن جبل رضي الله عنهما انها لا تحجب الا بثلثة منهم
وحكي عن الحسن البصري انه قال لا تحجب الام بالاخوات المنفردات وترث
الام ثلث ما بقي في زوج وابوين او زوجة وابوين وحكي عن ابن عباس رضي الله
عنه انه قال تاخذ الام الثلث كاملا في هاتين المسئلتين ايضا وحكي
ذلك عن شريح وبه قال داود والشيعة وقال ابن سيرين لها في فريضة
الزوج ثلث ما بقي وفي فريضة الزوجة ثلث جميع المال وبه قال ابو ثور وللبنت
النصف وللثنتين فصاعدا الثلثان وحكي عن ابن عباس رواية شاذة انه قال
للبنتين النصف وللثلث فصاعدا الثلثان ولابن عباس عشر مسائل تفرد بها
صحت عنه وخمسة روية عنه رواية شاذة هذه منها اذا كان ولد الصلب
بنتين سقط بنات الابن الا ان يكون معهن ذكر او بعد منهن ذكر
فيعصبهن وحكي عن ابن مسعود رضي الله عنه انه قال الباقي لابن الابن دون
اخواته فان كان في الفريضة بنت وبنت ابن وابن فللبنت النصف والباقي
بين ابن الابن للذكر مثل حظ الانثيين وكذا بنات الابن وقال عبد الله بن مسعود
رضي الله عنه يكون لهن الاضر بهن من السدس او المقاسمة اذا كان في الفريضة
بنتان وبنت ابن وابن فللبنتين الثلثان والباقي بين بنت الابن وابن الابن للذكر

مثل حظ الانثيين وقال ابن مسعود تسقط بنت الابن وقال الاصم لا يعصبها ولو كان
في درجتها عصبها وللواحد من ولد الام السدس وللاثنين فصاعدا الثلث بينهم
بالسوية وروي عن ابن عباس رضي الله عنه رواية شاذة انه قال يفضل الذكر
على الانثى وولد الاب والاخوات من الاب مع البنت والبنات عصبة يرثن ما
بقي وروي عن ابن عباس رضي الله عنه انه قال لا ترث الاخت ويكون الباقي
للعصبة كابن الاخ والعم وهو قول داود وقالت الشيعة لا يرث مع البنت
الا الزوجات والابوان ولا يرث معها اخ ولا اخت ولا عم اذا كان مع الاب يرثه
ام اخذت البنات والباقي للاب ويروى عن ابن عباس رضي الله عنه رواية شاذة
قال يكون السدس للذي حجبت الام عنه للاخوة والجدة او الجدتان السدس
وروي رواية شاذة عن ابن مسعود رضي الله عنه انه قال يكون الجدة بمنزلة
الام وللجدة الوارثة من قبل الام واحدة وهي التي ليس بينها وبين الام اب
وان علت فاما ام اب الام فلا ترث وقال ابن عباس ترث وبه قال ابن سيرين
وعن ابن مسعود والحسن البصري روايتان اشهرهما انها لا ترث فاما الجدة
من قبل الاب فام الاب ترث امهاتها وقال داود ام الاب لا ترث فاما ام اب
الاب فانها ترث على ما نقله المزني رحمه الله وروى ابو ثور انها لا ترث فجعل
اصحابنا في ذلك قولين اشهرهما انها ترث وبه قال ابو حنيفة واصحابه وروي
في احدى الروايتين عن زيد بن ثابت وسعد بن ابي وقاص رضي الله عنهما انها لا
ترث وبه قال الزهري ومالك وربيعة وابو ثور والجد في الجدتان الوارثتان
كل جدة تدلي الى الميت بوارث فانها ترث فان اجتمع جدتان قربى وبعدى

تحجب القربى من قبل الام البعدى من جهة الاب وان كانت القربى من قبل
الاب والبعدى من جهة الام ففيه قولان احدهما ان القربى اولى وهو قول
ابي حنيفة والثاني انهما سواء وبه قال مالك والاوزاعي فان اجتمع جدتان
في درجة لاحديهما قرابتان كان احديهما قرابتان كان احديهما ام ام وام
اب اب والاخرى ام ام اب فهما سوا على المذهب وهو قول ابي حنيفة وحكي
عن ابي عبيد بن حربويه من اصحابنا انه قال يكون لها ثلثا السدس وهو قول
شريك بن عبد الله وزفر ومحمد بن الحسن فان اجتمع جدتان من قبل الاب
احديهما اقرب من الاخرى وليست احديهما بنت الاخرى مثل ام ام اب
وام اب اب فقد اختلف القايسون على مذهب زيد فمنهم من قال القربى اولى
ومنهم من قال ينظر فان كانت القربى الحاوي عن ابي حنيفة ان ام الاب
ترث مع الاب كما ترث ام الام معه وهو قول احمد اذا اجتمع اهل الفروض وزادت
سهامهم على سهام الفريضة اعيلت الفريضة بالسهم الزايد وهو قول
الجماعة الا ما حكي عن ابن عباس رضي الله عنه انه قال لا تعال الفريضة وهي
احدى مسايل العشرة التي تفرد بها وقال يدخل النقص على الاخوات
والبنات فان كان اهل الفروض يستوعبون الفريضة لم يرد الفاضل عليهم
ومن قال بتوريث ذوي الارحام رد الفاضل عن ذوي الفروض عليهم على قدر
فروضهم الا على الزوجين وكان ابن مسعود لا يرد على خمسة الزوج والزوجة
وبنات الابن مع بنت الصلب والاخوات من الاب مع الاخت من الاب والام
وولد الام مع الام وينتقل ما يفضل عن ذوي الفروض الى بيت المال ميراثا

للمسلمين ويدفع الى الامام المستحق الطاعة فان عدم الامام او لم يكن مستحقا للامامة
فقد اختلف اصحابنا في صرفه فمنهم من قال يصرفه الى ذوي ارحامه ومنهم من قال
يمسكه الى ان يلي امام او يجتهد في صرفه في مصالح المسلمين فان كان ذوي
الارحام محتاجين صرف اليهم فان اجتمع في شخص جهتا فرض كالمجوسي يتزوج
ابنته فاتت منه ببنت فان الزوجة ام البنت واختها من الاب فان
ماتت البنت ورثتها الام باقوى السببين وهو الامومة وقال ابو حنيفة يرث
بالسببين وهو قول احمد واختاره ابو العباس بن سريج وبقولنا قال مالك
والزهري وان ماتت الزوجة ورثتها البنت النصف لكونها بنتا وهل
ترث الباقي لكونها اختا فيه وجهان احدهما لا ترث والثاني ترث

باب ميراث العصبة

العصبة كل ذكر ليس بينه وبين الميت انثى فان خلف ابني عم احدهما
اخ من الام كان للاخ من الام كان للاخ من الام السدس والباقي بينهما وبه
قال عمر وعلي رضي الله عنهما ومالك وابو حنيفة واصحابه وقال ابن مسعود المال
لابن العم الذي هو اخ من ام وبه قال شريح والحسن البصري وابو ثور فان خلف
ابني عم احدهما اخ لام وبنتا فللبنت النصف والباقي بينهما نصفين وعلى
قول ابن مسعود الباقي للاخ منهما وحكي عن سعيد بن جبير انه قال يكون
الباقي لابن العم الذي ليس باخ من ام ويسقط الاخ ولا يشارك احد من العصبات
احدا من اهل الفرض في فرضهم الا ولد الاب والام فانهم يشاركون ولد الام
في ثلثهم في المشركة وهي زوج وام او جدة واثنان من ولد الام وولد

الاب والام واحدا كان او اكثر فيفرض للزوج النصف وللام او الجدة
والسدس ولولد الام الثلث يشاركهم ولد الاب والام فيه وبه قال
شريح وابن سيرين ومالك وقال ابو حنيفة واصحابه واحمد يسقط ولد
الاب والام ويعرف هذه المسئلة بالمشركة وبالحمارية فان اتت امرأته
بولدين توامين فنفاهما باللعان ثم مات احدهما وخلف اخاه ففيه وجهان
اصحهما انه يرثه ميراث الاخ من الام كالتوامين من الزنا والثاني انه يرثه
ميراث الاخ من الاب والام وحكي في الحاوي في توامي الزنا والملاعنة
ثلثة اوجه احدها انه يرث ميراث ولد الاب والام والثاني ميراث
الاخ للام والثالث انه توامي الملاعنة يتوارثان ميراث الاخ من الاب
والام وتوما الزنا يتوارثان ميراث الاخ من الام وقال ابن مسعود
عصبة ام ولد الملاعنة عصبته فاذا مات وخلف امه وخاله فلامه الثلث
والباقي للخال وهو قول احمد فاما الخنثى فانه اذا كان يبول من الفرجين
غير انه يبول من احدهما اكثر فقد روى المزني في الجامع انه يقضى له بحكمه
ومن اصحابنا من قال لا يعتبر الكثرة فان لم يعرف بالبول سيل عما يميل
اليه طبعه فيقضى له بذلك ومن اصحابنا من قال اذا لم يكن في البول
دلالة اعتبر عدد اضلاعه فان نقص من الجانب الايسر ضلع فهو ذكر
وما دام مشكل فانه يورث اليقين وهو ميراث انثى ويوقف الباقي وبه
قال داود وابو ثور وقال ابو حنيفة يعطى اليقين ويدفع الباقي الى من دونه
من الورثة وحكي عن ابن عباس رضي الله عنه انه قال يعطى نصف نصيبه

الذكر ونصف نصيبه الانثى وبه قال الشعبي واحمد اذا مات وخلف حملا وورثة
غيره فان كان الوارث ممن لا يحجب كالزوج والزوجة اعطي الزوج الربع عايلا
والزوجة الثمن عايلا ويوقف الباقي وان كان ممن يحجب كالاخ والعم لم يعط
شيا او كان ممن لا يحجب ولكن لا يتقدر نصيبه كالابن والبنت فانه
لا يدفع اليه من الميراث شي وقال ابو حنيفة ان كان له ابن وحمل دفع الى الابن
الخمس ووقف الباقي وقال احمد يعطيه الثلث وقال ابو يوسف اعطيه
النصف والولد لا يلحق بالزاني وان ادعاه وقال الحسن البصري يلحقه اذا ادعاه
وقال ابو حنيفة ان تزوجها ووضعته لحقه وان لم يتزوجها قبل وضعها
لم يلحقه وحكي ذلك في الحاوي والملاعنة لا تكون عصبة لولدها المنفي
باللعان وقال ابو حنيفة رحمه الله تكون عصبة له ه ه ه

باب ميراث الجد والاخوة

اذا اجتمع الجد مع ولد الاب والام او مع ولد الاب قاسمهم الميراث وهو
قول عمر وعلي ومالك والاوزاعي رضي الله عنهم وذهب ابو بكر الصديق
وابن عباس والثوري وابو حنيفة واحمد والمزني وداود الى ان الجد تسقط
ولد الاب وولد الاب والام فاذا كان معه ولد الاب فانه يقاسمهم ما لم
تنقصه المقاسمة من الثلث فان نقصته من الثلث جعل له الثلث
وروي عن علي كرم الله وجهه انه كان يقاسمهم الى الثلث في زمن عمر
رضي الله عنه بالمدينة فلما حصل بالعراق قاسمهم الى السدس وروى الشعبي
عن ابن عباس رضي الله عنه انه كتب الى علي رضي الله عنه في ستة اخوة

وجد فكتبت اليه اجعل الجد ثالثهم وامح كتابي وروي عنه في سبعة اخوة
وجد الجد ثامنهم وحكي عن عمران بن الحصين والشعبي المقاسمة الي نصف
السدس ولا ينبغي ان يكون هذا احدا وانما يجعلون له ما يصيبه بالمقاسمة
ابدا فان كان مع الجد اخوة او اخوات قاسمهن ما لم تنقصه المقاسمة
من الثلث فان نقصته عن الثلث فان كن خمس اخوات فرض له
الثلث والباقي لهن وهو قول زيد وقال علي بن ابي طالب وابن مسعود رضي
الله عنهما يفرض للاخت والاخوات والباقي للجد فان كان مع الجد والاخوة
ذو فرض قاسم الجد الاخوة ما لم تنقصه المقاسمة من ثلث الباقي او سدس
جميع المال فيفرض له حينئذ ثلث الباقي او سدس جميع المال فان اجتمع
بنت وجد واخت فللبنت النصف والباقي بين الجد والاخت للذكر
مثل حظ الانثيين على قول زيد وقال علي رضي الله عنه للبنت النصف
وللجد السدس والباقي للاخت وقال ابن مسعود رضي الله عنه للبنت النصف
والباقي بين الجد والاخت نصفين وهذه من مربعات عبد الله بن
مسعود اخت وام وجد الام الثلث والباقي بين الجد والاخت للذكر
مثل حظ الانثيين على قول زيد وقال علي بن ابي طالب رضي الله عنه
للاخت النصف وللام الثلث وللجد السدس وقال عثمان المال بينهم
اثلاثا للام الثلث وللاخت الثلث وهذه مثلثة عثمان وقال ابو بكر
الصديق رضي الله عنه ومن تابعه الام الثلث والباقي للجد ويسقط
الاخت وقال عمر رضي الله عنه فيه للاخت النصف وللام السدس

والباقي للجد وروي نحوه عن ابن مسعود عنه رواية اخرى ان للاخت النصف
والباقي بين الجد والام نصفين وهي من مربعات ابن مسعود رضي الله عنه
وتسمى هذه المسالة الخرقاء لكثرة الاختلاف فيها زوجة وام وجد للزوجة
الربع وللام الثلث والباقي للجد على قول زيد وعن عمر روايتان احديهما ان للزوجة
الربع وللام ثلث ما بقي والباقي للجد والثاني للزوجة الربع وللام سدس جميع المال
والباقي للجد وعن ابن مسعود ثلث روايات هاتان الروايتان والثالثة ان للزوجة
الربع والباقي بين الام والجد وهي من مربعات وهكذا يروى عنه في زوج وام
وجد للزوج النصف والنصف الاخر بين الجد والام نصفين وهي من مربعاته ايضا
وعن عمر للزوج النصف وللام ثلث ما بقي والباقي للجد وعندنا للزوج النصف
وللام الثلث والباقي للجد وهو قول زيد ولا يعال لاحد من الاخوة والاخوات مع
الجد الا في الاكدرية وهي زوج واخت لاب وام او لاب وام وجد فقول ابي
بكر رضي الله عنه ومن تابعه تسقط الاخت والاخوات فيكون للزوج
النصف وللام السدس وقال علي وزيد للاخت النصف وللزوج النصف وللام
الثلث وللجد السدس واما زيد فانه ضم نصيب الجد الى نصيب الاخت وقسم
ذلك بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وهو قول الشافعي رضي الله عنه واصل هذه
المسالة من ستة وتعول الى تسعة وتصح من سبعة وعشرين وسميت الاكدرية
لانها كدرت على زيد اصله فان خلف اخا لاب وجدا فان الاخ من الاب والام يعاد
الجد بالاخ من الاب فيكون للجد الثلث ويأخذ الاخ للاب والام الباقي ولا يأخذ
الاخ من الاب شيئا وقال ابن مسعود يقسم المال بين الجد والاخ من الاب والام نصفين

ولا يعصب الاخ من الاب والاخت لاب وام واخ لاب وجد فالمقاسمة خير للجد فيكون
له سهمان من خمسة وقال ابن مسعود للاخت النصف والباقي للجد وتسقط
الاخ للاب وقال علي كرم الله وجهه للاخت النصف والباقي بين الجد
والاخ نصفين

كتاب النكاح

لا يصح النكاح الا من جائز التصرف فاما الصبي والمجنون فلا يصح منهما عقد النكاح
والمحجور عليه لسفه لا يصح نكاحه بغير اذن الولي وقال ابو حنيفة يصح نكاح
الصبي المميز والسفيه موقوفا على اجازة الولي ويصح نكاح المحجور عليه لسفه
باذن وليه وهل يفتقر الى تعيين المراة فيه ثلثة اوجه اظهرها انه يفتقر
الى تعيينها والثاني انه لا يفتقر الى ذلك والثالث انه يفتقر الى تعيين القبيلة
دون المراة فان امتنع وليه من تزويجه تزوج بنفسه في احد الوجهين فان
راه الولي يتبع النساء لم يحتج الى استيذانه في تزويجه فان تزوج بغير اذن وليه
ووطي المراة ففي وجوب المهر عليه وجهان احدهما انه يجب والثاني لا يجب في
الحال وهل يجب عليه اذا فك الحجر عنه حكي فيه وجهان ولا يصح نكاح العبد
بغير اذن مولاه وقال مالك يصح وللمولى فسخه عليه وقال ابو حنيفة يصح
موقوفا على اجازة المولى ومن قدر على المهر والنفقة وتاقت نفسه الى النكاح
وهو من اهل العقد فالمستحب له ان يتزوج وان اختل بشرط من ذلك لم يستحب
له وقال ابو حنيفة النكاح مستحب بكل حال وهو افضل عنده من صلوة النفل وحكي
ذلك عن بعض اصحابنا وقال داود النكاح واجب على من وجد الطول وخاف
العنت فيتخير بين ان يتزوج حرة او يشتري امة فان عجز عنهما تزوج امة واذا اراد ان

يتزوج امراة فله ان ينظر الى وجهها وكفيها وقال داود يجوز ان ينظر الى جميع
بدنها سوى الفرج وحكي عنه انه ينظر الى ما ينظر اليه في ابتياع الامة ويروى ذلك
عن مالك وروي عنه نحو قولنا وروى المغربي عنه انه لا ينظر الى شي منها
وحكي عن ابي حنيفة انه ينظر الى وجهها وكفيها وربع الساق وفي مملوك المراة
وجهان احدهما وهو المنصوص عليه انه محرم لها وفي الصبي المراهق مع الاجنبية
وجهان احدهما بمنزلة المحرم وفي جواز النظر الى فرج الزوجة الامة وجهان اصحهما
انه يجوز للاجنبي ان ينظر الى الاجنبية ولا الاجنبية ان ينظر الى الاجنبي من غير
حاجة ذكره الشيخ الامام ابو اسحق مطلقا وذكر الشيخ ابو نصر ان خاف
الافتتان لم يجز النظر وان لم يخف الافتتان جاز النظر وذلك مما ليس بعورة

باب ما يصح به النكاح

لا يصح النكاح الا بولي ذكر فان عقدت المراة النكاح لم يصح بحال وقال
ابو حنيفة يجوز لها ان تتزوج بنفسها وتوكل في نكاحها اذا كانت من اهل
التصرف في مالها ولا يعترض عليها الا ان تضع نفسها في غير كفو فيعترض
عليها الولي وقال مالك ان كانت ذات شرف وجمال او مال يرغب في مثلها
لم يصح نكاحها الا بولي وان كانت بخلاف ذلك جاز ان يتولى نكاحها اجنبي برضاها
ولا تتولاه بنفسها وقال داود ان كانت بكرا لم يصح نكاحها بغير اذن
ولي وان كانت ثيبا صح وقال ابو ثور وابو يوسف يصح ان تتزوج باذن وليها
ولا يجوز بغير اذنه غير انه عند ابي حنيفة يقف على اجازة الولي فان تزوجت بنفسها
وترافعا الى حاكم حنفي فحكم بصحته نفذ وقال ابو سعيد الاصطخري للشافعي

نقضه وليس بصحيح وان وطيها قبل الحاكم بصحته وان وطيها قبل الحاكم فلا حد
عليه وقال ابو بكر الصيرفي اذا كان يعتقد تحريمه فعليه الحد وهو قول
الزهري وابي ثور فان طلقها قبل الحكم بالصحة لم يقع الطلاق وقال ابو اسحق
المروزي يقع احتياطا وكان الشيخ ابو نصر يقول او وقع طلاقه لانه تزوج مقلد
الصاحب مذهب فالزمته اعتقاده فان كانت المراة في موضع ليس فيه
حاكم ولا بها ولي مناسب فقد حكي فيه وجهان احدهما انه يجوز ان تزوج
نفسها والثاني انها ترد امرها الى رجل يزوجها وهذا لا يجي على اصلنا وقد
كان الشيخ الامام ابو اسحق رحمه الله يختاره في مثل هذا ان يحكم فقيها من اهل
الاجتهاد في ذلك بنا على التحكيم فان في النكاح فان كانت المنكوحة امة فوليها
مولاها فان كانت لامراة غير رشيدة وكان لامراة الولي ابا او جدا ففيه وجهان
احدهما انه يملك تزويجها كما يملك تزويج مولاتها والثاني انه لا يملك فان كان
للمراة عبد صغير فاذنت في تزويجه ففيمن يزوجه وجهان احدهما انه يزوجه
وليها والثاني انه يزوجه من اذنت له في تزويجه من الناس وليس بشي
وان كان بالغا فاذن له في التزويج يزوج بنفسه وذكر فيه وجه اخر انه
لا يصح الا باذن وليها فاما امة المادون له في التجارة بعد الحجر عليه هل يجوز
له تزويجها باذن مولاه ذكر في الحاوي فيه وجهين وهل يجوز للمولى
وطيها قبل الحجر فيه وجهان قال ابو اسحق يجوز وقال ابن ابي هريرة
لا يجوز وان كانت المنكوحة حرة فوليها عصباتها واولاهم الاب ثم الجد
ثم الاخ ثم العم ثم ابن العم فان لم يكن لها عصبته من جهة النسب فالمولى

المعتق ثم عصبته ثم مولى المولى ثم عصبته فان لم يكن فالسلطان وقال مالك
الاخ الاولى من الجد والاخ من الاب والام اولى من الاخ من الاب في اصح القولين
وهو قول ابي حنيفه وقال في القديم هما سوا وهو قول مالك وابي ثور وان
كان لها ابنا عم احدهما اخ من الام ففي تقديمه قولان وكذا ان كان لاحدهما ابنا فان
تساوى الوليان في الدرجه والادا وتشاحا في التزويج اقرع بينهما فان خرجت القرعه
على احدهما قدم فان بدر الاخر وزوج صح في احد الوجهين فان كان لها اوليا في
درجة فقالت زوجوني فهل لاحدهما ان ينفرد بتزويجها فيه وجهان احدهما
لا يجوز والثاني انه يجوز وهو الاظهر فان قالت رضيت ان ازوج ولم
تعين واحدا من اوليايها فالمنصوص انه يجوز للولي تزويجها وفيه وجه اخر انه لا يجوز
فان قلنا بالاول فقالت بعد ذلك لاحد اوليايها زوجني هل يكون عزلا للباقين فيه
وجهان احدهما انه لا يكون عزلا والثاني انه يكون عزلا وهذا ليس بشي ولا
ولاية للابن على امه بالبنوة وقال ابو حنيفه واصحابه واحمد ومالك يثبت الولايه
للابن على امه فقدم مالك وابو يوسف للابن على الاب وقال احمد الاب اولى
منه وفي الجد عنه روايتان وبه قال ابو حنيفه ومحمد بن الحسن فان
اعتقت امراة امه واردت تزويجها ولها اب وابن فابوها اولى بتزويج المعتقه
فان ماتت المولاة فابنها اولى بتزويجها من الاب في اصح الوجهين وفي المحجور
عليه لسفه وجهان اظهرهما انه لا ولاية له وحكي في السفيه غير المحجور
عليه وجهان احدهما انه لا ولاية له والثاني ولايته ثابته ذكره في الحاوي
وليس بصحيح ولا ولاية للفاسق على المنصوص وقيل ان كان الوالي ابا او جدا فلا

ولاية له وان كان غيرهما من العصبات تثبت له الولاية مع الفسق ومن اصحابنا من
قال فيه قولان ومنهم من قال ان كان غير محجور عليه تثبت ولايته وان كان
محجورا عليه لم تثبت ولايته وقال ابو حنيفه ومالك فسقه لا يمنع ولايته
وفي ولاية الاعمى وجهان احدهما انه يجوز ان يكون وليا وفي المحجور عليه للفلس
طريقان احدهما انه كالمريض والثاني فيه وجهان احدهما انه كالسفيه والثاني
وهو الاصح انه يزوج ويجوز للمسلم ان يزوج امته الكافرة في اصح الوجهين وهو قول
ابي حنيفه وابي سعيد الاصطخري فان خرج الاقرب ان يكون من اهل
الولاية بفسق او جنون انتقلت الولاية الى الابعد من قبل النسب وقد زوجها
الابعد قبل العلم بزواله ففيه وجهان بناء على القولين في الوكيل اذا باع
ما وكل في بيعه بعد العزل وقبل العلم به وفي ولاية الاخرس وجهان اصحهما
انها تثبت فان غاب الولي الى مسافة تقصر فيها الصلوة زوجها الصلوة دون
الابعد وان كان الى مسافة لا تقصر فيها الصلوة ففيه وجهان احدهما انه لا يزوجها
الحاكم حتى يستاذنه وقال ابو حنيفه اذا كانت الغيبه منقطعه انتقلت
الولاية الى الابعد وان كانت غير منقطعة لم ينتقل والمنقطعة ان لا تقطع
السنة الا مرة وقال محمد بن الحسن من البصرة الى الرقة وغير المنقطعة من بغداد
الى الكوفة ومنهم من قال المنقطعه من بغداد الى الري وقيل تقدر
مائة وخمسين فرسخا فان كان الاقرب يجن يوما ويفيق يوما انتقلت الولاية الى
الابعد في حال جنونه وفيه وجه اخر انه ينتظر افاقته وذكر في
المبرسم وجهان احدهما ان ولايته تبطل فصل

ويجوز للاب والجد تزويج البكر بغير رضاها صغيرة كانت او كبيرة وبه قال
مالك في الاب وهو اشهر الروايتين عنه في الجد وقال ابو حنيفه لا يملك تزويج
البكر البالغة العاقلة بغير رضاها بحال وبه قال الثوري وقال احمد في
احدى الروايتين عن مالك لا تثبت للجد ولاية الاجبار ولا يجوز لغير الاب والجد
تزويج الصغيرة حتى تبلغ وتاذن وقال ابو حنيفه يجوز لساير العصبات
تزويجها غير انه لا يلزم العقد في حقها فيثبت لها الخيار اذا بلغت وقال
ابو يوسف يلزمها عقدهم فان بلغت فاذنت تزويجها باذنها ففيه وجهان اصحهما
يكفي فيه سكوتها واما الثيب فانها ان ذهبت بكارتها بالوطي لم يجز تزويجها
الا برضاها صغيرة كانت او كبيرة وقال ابو حنيفه الثيب الصغيرة كالبكر
ولا يصح اذن الصغيرة في النكاح حتى تبلغ وقال احمد اذا بلغت تسع سنين
صح اذنها في النكاح وغيره وان كانت الثيب مجنونة زوجها الاب والجد خاصه
صغيرة كانت او كبيرة وحكي في الحاوي في الصغيرة المجنونة وجهين وحكي
فيه اذا جنت بعد البلوغ وجهين احدهما انه لا يملك الاب والجد تزويجها
وليس بشي وان لم يكن لها اب ولا جد وقال اهل الخبرة بالطب انه
ربما كان شفاؤها في التزويج زوجها الحاكم اذا كانت بالغه ولا يزوجها صغيره
وقال ابو حنيفه اذا ذهبت بكارتها بالزنا لم يتغير صفة اذنها فان ذهبت
بكارتها بغير الوطي لم يتغير صفة اذنها في اصح الوجهين فان ذكرت
المراة لوليها انها بكر قبل قولها وكذا ان ذكرت انها ثيب قبل
قولها وان لم يعلم لها زوجا ولا يسال عن الوطي كذا ذكر في الحاوي وعندي

ان هذا الاطلاق فيه نظر لانها ربما كانت قد اذهبت بكارتها باصبع فتدعي
بسبب ذلك انها ثيب فله ان يسالها عن ذلك فان ذكرت انها وطيت
واتهمها احلفها لانها تتهم في تصديقها ولانه لو ادعتها وقال ابن الحداد
اذا قالت البكر زوجني ابي من فلان وصدقها الزوج وكذبها الاب
ثبت النكاح ومن اصحابنا من حكى في قبول اقرارها وجهين وهذا خلاف
نص الشافعي رحمه الله في المطلقة ثلثا اذا ادعت انها تزوجت ووطيت
فانه يقبل وتحل للزوج الاول وذكر ابن الحداد ايضا ان الاب اذا زوج
البكر البالغة بغير اذنها فلما بلغها النكاح ذكرت ان بينها
وبين الزوج رضاعا يوجب التحريم كان القول قولها مع يمينها ولو كانت
ثيبا او كان قد استاذنها لم يقبل وكذا اذا مكنته من نفسها وخالفه اكثر
اصحابنا وقالوا لا يقبل قولها وان طلبت الامة من مولاها التزويج وكان لا
يحل له وطيها ففيه وجهان احدهما انه لا يلزمه وان كانت مكاتبة لم
يملك السيد تزويجها بغير اذنها وان طلبت من السيد تزويجها ففيه وجهان
احدهما انه لا يجبر وان كان الولي ممن يجوز له ان يتزوجها كابن العم والمولى المعتق
لم يجز ان يزوجها من نفسه فيكون موجبا قابلا وقال ابو حنيفة يجوز ذلك
وكذلك الوكيل في التزويج وقال احمد يرد امرها الى غيره يزوجها وحكي
عن قتادة وعبيد الله بن الحسن العنبري انه يزوجها منه ابن عم هو ابعد منه وان
اراد الامام ان يتزوج امراة لا ولي لها غيره ففيه وجهان اظهرهما ان له ذلك
والثاني انه يرد الامر فيه الى الحاكم ليزوجها منه وان كان لرجل ابن ابن وبنت

ابن وهما صغيران فزوج بنت ابنه بابن ابنه ففيه وجهان اظهرهما ان له ذلك والثاني
انه يرد الامر فيه الى الحاكم ليزوجها منه وان كان لرجل ابن ابن وبنت ابن وهما
صغيران فزوج بنت ابنه ففيه وجهان اصحهما انه يجوز فعلى هذا يقول زوجت
بنت ابني بابن ابني وهل يحتاج الى القبول فيه وجهان احدهما انه يحتاج
اليه وهو قول ابن الحداد والثاني انه لا يحتاج اليه وهو قول القفال زوج
بنت اخيه او عمه برضاها بابنه جاز ولو اراد الوكيل في البيع ان يبيع من
ابنه فيه وجهان ومن اصحابنا من حكى في النكاح وجها اخر كالبيع وقال ابن الحداد
اذا كان للمولى معتقه وله ابنان احدهما منها والاخر من غيرها زوجه ابنه
منها وخالفه اكثر اصحابنا وقالوا يزوجها الحاكم منه ولا ينتقل الولاية
عنه الى دونه كما لو غاب يصح التوكيل في النكاح من الاب والجد وهل
يلزم تعيين الزوج فيه قولان احدهما انه يلزمه والثاني انه لا يلزم وان كان
الولي لا يملك الاجبار فهل يملك التوكيل في التزويج بغير اذنها بعد
استيذانها في التزويج فيه وجهان احدهما وهو قول ابي علي بن ابي
هريرة انه لا يصح توكيله الا باذنها والثاني وهو قول ابي اسحق
انه يصح وان وكل في تزويجها قبل ان ياذن له في تزويجها فهل
يصح التوكيل حكي فيه وجهين اصحهما انه لا يصح وحكي عن ابي ثور
انه قال لا يجوز التوكيل في النكاح فان قال في البيع لوكيل
المشتري بعتك هذه السلعة فقال الوكيل قبلت ذلك لفلان
فهل يصح للموكل فيه وجهان احدهما انه لا يصح كما لو قال زوجتك

شي فقال نكاحها لفلان والثاني انه يصح للموكل بخلاف النكاح وهو الصحيح
ولا يعتبر الشهادة في التوكيل وحكى الطحاوي عن الحسن بن صالح بن حي
انه قال لا يصح التوكيل في النكاح الا بحضرة شاهدين فان جاء رجل وادعى
ان فلانا وكله في قبول نكاح امراة وانه قبل نكاحها له وضمن عنه
المهر لها فانكر المولى ذلك فالقول قوله مع يمينه ولا يجب على الحالف
شي ولها على الوكيل نصف المهر لاعترافه به وبه قال ابو يوسف
وقال ابو حنيفة يجب لها جميع المهر اذا غاب الرجل عن امراته فجاها
رجل وذكر لها ان زوجها طلقها فابانها دون الثلث وانه وكله
في قبول نكاحها بالف فعقد عليها بالف ضمنها لها فقدم الغايب وانكر
جميع ذلك فالقول قوله مع يمينه والنكاح الاول بحاله وهل يلزم الوكيل
ضمان المهر قال الساجي قال مالك وزفر عليه الضمان وعلى قول الشافعي
رضي الله عنه وابي حنيفة رحمه الله لا يلزمه ذلك وقد حكينا
في الفرع قبله انه يجب على الوكيل نصف المهر وذكر الشيخ ابو حامد
ان الشافعي رحمه الله نص عليه في الاملا اذا احرم الولي لم يكن له تزويج
ابنته وفيمن يزوجها فيه وجهان احدهما انه يزوجها الحاكم والثاني
انه يزوجها الابعد فان احرم الوكيل لم يزوج فان تحلل فهل يزوج
بذلك التوكيل فيه وجهان فان احرم الموكل لم يزوج وكيله فان تحلل
فهل تزوج بذلك التوكيل على الوجهين ٥ فصل

اذا اتفق الاولياء والمراة على نكاح غير الكفو لم يحرم وصح العقد وقال سفين
واحمد لا يصح فان زوجت المراة وغير كفو بغير رضا بقية اوليايها بطل العقد
قولا واحدا في احد الطريقين وفي الطريق الثاني فيه قولان ومن اصحابنا
من قال ان كان الولي قد عقد مع العلم بعدم الكفاية بطل العقد وان لم يكن
قد علم صح وثبت الاعتراض عليه فان قلنا انه يصح فهل يجب على الولي فسخه
في الحال فيه وجهان حكاهما الشيخ ابو حامد والقاضي ابو الطيب رحمهما الله
حكى قولين احدهما انه يفسخ في الحال والثاني انه ينتظر بلوغها فان
استاذن البكر البالغة في تزويج غير الكفو فاذنت ففيه وجهان
احدهما انه يجوز كالثيب والثاني لا يجوز وقال ابو حنيفة اذا زوج المراة
احد اوليايها من غير كفو برضاها لزم النكاح والكفاة في الدين والصنعة
والحرية والنسب ومن اصحابنا من شرط اليسار ومن شرطها الخلو من
العيوب ايضا ولم يعتبر محمد بن الحسن الدين في الكفاة الا ان يكون
بحيث يسكر ويخرج ويسخر منه الصبيان وحكي عن مالك انه قال
الكفاة في الدين والصنعة والحرية والنسب ومن اصحابنا من شرط اليسار
ومن شرطها الخلو من العيوب ايضا ولم يعتبر محمد بن الحسن الدين في
الكفاة الا ان يكون بحيث يسكر ويخرج ويسخر منه الصبيان وحكي
عن مالك انه قال الكفاة في الدين لا غير ولم يعتبر ابو حنيفة في الكفاة الخلو
من العيوب وقال ابن ابي ليلى الكفاة في الدين والنسب والمال وهو احدى
الروايتين عن ابي حنيفة وقال ابو يوسف يعتبر الدين والنسب والمال والمكسب

الصنعة

وهو رواية عن ابي حنيفه وعن احمد رواية قولنا وعنه رواية اخرى انه يعتبر
والدين فاما النسب فالعجمي لا يكون كفوا للقرشي وفي قريش بعضها مع بعض
وجهان اظهرهما انها تختلف فغير الهاشمي والمطلبي لا يكون كفوا للهاشمية
والمطلبية وذكر في موالي قريش هل يكونون اكفاهم وجهان والعبد
لا يكون كفوا للحرة ومن عتق نصفها لا يكون العبد كفوا لها في اصح الوجهين
والمولى اذا مسه الرق ثم عتق لا يكون كفو الحرة الاصل وان لم يكن
قد مسه رق بان كان ابن عتيق فهل يكون كفو الحرة الاصل فيه وجهان
ومن اصحابنا من حكى في اليسار انهم ان كانوا من اهل البوادي واهل القرى
ففيه وجهان وذكر في السن اذا اختلفا في طرفيه كالشيخ مع الصبية
وجهان اصحهما انه غير معتبر واختلف اصحاب ابي حنيفه في الصنعة
فمنهم من قال انما قال ابو حنيفه لا يعتبر ذلك على عادة العرب فانهم كانوا
يقولون هذه الصنايع بانفسهم فاما الان فيعتبر ومنهم من قال
لا يعتبر الصنعة بحال وان طلبت المراة التزوج من كفو بدون مهر
مثلها لزم الولي اجابتها وبه قال مالك وابو يوسف ومحمد قال ابو حنيفه
لا يلزمه ذلك وان زوج الاب او الجد الصغيرة بدون مهر مثلها
بلغ به مهر المثل من عدا ان زوج ابنه الصغير باكثر من مهر المثل
رد الى مهر المثل وقال ابو حنيفه واحمد ومالك يلزم ما سماه ذكر
القاضي حسين انه اذا اذن الولي في تزويجها بالف فزوجها الوكيل
بخمسماية فقضية مذهب الشافعي انه يصح وفيه وجه اخر انه يبطل وليس

بشي اذا كان الاقرب من اهل الولاية فزوجها الابعد لم يصح وقال مالك يصح الا في
الاب في حق البكر والوصي فانه لا يجوز الابعد التزويج فان زوجها الابعد
من غير كفو كان للاقرب الاعتراض عليه وان اذنت لاجنبي في تزويجها
من كفو ففيه روايتان فان زوج المراة وليان باذنها من رجلين وعلم السابق
منهما فالثاني باطل وهو قول ابي حنيفه واحمد وقال مالك ان دخل بها الثاني
مع الجهل بحال الاول بطل الاول وصح الثاني ويروى ذلك عن عطا والزهري ويروى
عن عمر رضي الله عنه وان لم يعلم عين السابق منهما بطلا وقيل انه يفتقر الى حكم
بابطالهما فعلى الاول هل يكون باطلا او باطنا فيه وجهان فان ادعى كل
واحد منهما السبق والمراة تعلم ذلك فاعترفت لهما فقد ذكر الشيخ ابو حامد
انه يبطل النكاحان جميعا قال الشيخ ابو نصر رحمه الله وهذا فاسد وينبغي
ان يكون الدعوى باقيه لانه جواب فاسد وان اقرت لاحدهما بالسبق فهل
تحلف للاخر فيه قولان بنا عليه اذا قال هذه الدار لزيد لا بل لعمرو فهل
يغرم الثاني فيه قولان فان اعترفت الثاني لم تنتزع من الاول فان مات
الاول سلمت الى الثاني وتعتد عن الاول وتحرم عليه حتى تقضي العدة
فان نكلت عن اليمين على الثاني فان حلف بني على القولين في اليمين المردودة
فان قلنا انه تجري مجرى البينة انتزعت من الاول وسلمت الى الثاني قال
الشيخ ابو نصر رحمه الله وهذا يضعف هذا القول جدا لانه تجعل ذلك
كالبينة في حق المتداعيين لا في حق غيرهما وان قلنا تجري مجرى الاقرار فقد

مع الاول اقرار ومع الثاني ما يجري مجرى الاقرار فحكي عن ابي اسحق انه قال
يتساويان فيكون كاقرارين وقعا في حالة واحدة وقال غيره نكاح الاول
بحاله ويجب للثاني مهر المثل قال الشيخ ابو نصر رحمه الله ويجي على القول
الذي يقول انه يجري مجرى البينة انها تنزع من الاول ان تعرض اليمين عليها
وان قلنا لا تغرم المهر فاما قول ابي اسحق فلا عرض في افساد النكاحين ومن
اصحابنا من حكي ان الزوج الثاني اذا طلب يمين الاول لم تحلف في اصح الوجهين
اذا قال رجل فلان زوجني فصدقته ثبت النكاح باتفاقهما وحكي عن
مالك انه قال لا يثبت النكاح باتفاقهما حتى يرى داخلا وخارجا من عندها
الا ان يكونا في سفر ونحوه فولي الصبي ان يزوجه اذا راى ذلك حظا له وهل
يجوز ان يزوجه اكثر من واحدة فيه وجهان فاما من كان يجن يوما ويفيق
يوما انتظر زمان افاقته في تزويجه وحكي في الحاوي انه اذا كان زمان جنونه
اكثر زوجه وليه عند حاجته وجعل كالمطبق وذكر انه يزوجه في حال
افاقته من غير اذنه كالسفيه وان استوى زمان جنونه وافاقته ففيه
وجهان احدهما انه يغلب حكم الجنون والثاني انه يغلب حكم الافاقة
وهذا التفصيل لا معنى له بل لا يجوز تزويجه حتى يفيق واما العبد البالغ
فهل يملك مولاه تزويجه بغير رضاه فيه قولان قال في القديم يملكه وهو قول
ابي حنيفة ومالك واحدى الروايتين عن احمد وقال في الجديد لا يملك وفي العبد
الصغير طريقان احدهما انه على قولين والثاني يزوجه قولا واحدا فان طلب

العبد من مولاه التزوج لم يجبر على اجابته في اصح القولين وهو قول ابي حنيفة
والقول الثاني انه يجبر وهو قول احمد فاما من نصفه حر ونصفه رقيق فلا
يملك اجباره على النكاح وان طلب منه التزوج بني على القولين واما
المكاتب فلا يملك المولى اجباره على النكاح وان طلب من مولاه التزوج وقلنا
في القن يجبر فها هنا اولى وان قلنا في القن لا يجبر فها هنا وجهان
واما العبد المشترك بين اثنين اذا طلب منهما النكاح فاجابه احدهما وامتنع
الاخر وقلنا في المنفرد لا يجبر فقد ذكر الشيخ ابو حامد في ذلك وجهين
كالمكاتب قال الشيخ ابو نصر رحمه الله وهذا بعيد

فصل

ولا يصح النكاح الا بشهادة وقال ابو ثور يصح من غير شهادة وهو قول اهل
اهل الظاهر ومالك غير ان مالكا اعتبر الاشاعة وترك التراضي بالكتمان
ولا ينعقد ولا يثبت الا بشاهدين ذكرين وقال ابو حنيفة يثبت وينعقد
بشاهد وامراتين ولا ينعقد بشهادة فاسقين وقال ابو حنيفة ينعقد بشهادتهما
وينعقد بشهادة المستورين وقال ابو سعيد الاصطخري لا ينعقد الا
بشهادة مخبوري العدالة في الباطن فان تزوج مسلم ذمية لم ينعقد النكاح
الا بشهادة مسلمين وقال ابو حنيفة ينعقد بشهادة ذميين فان عقد النكاح
بشهادة مستورين ثم بان بعد العقد انهما كانا فاسقين بطل النكاح
ومن اصحابنا من قال فيه قولان بناء على القولين في الحاكم اذا حكم بشهادة
شاهدين ثم بان انهما كانا فاسقين فان عقد بشهادة اعميين فيه وجهان
وهل ينعقد بشهادة ابني الزوجين او عدويهما فيه وجهان وفي شهادة

اهل الصنايع الدنية في النكاح وجهان وفي شهادة الاخرس فيه وجهان
فان اختلفا فقال الزوج عقد باشهادة عدلين وقالت المراة بل عقد لم
بشهادة فاسقين فيه وجهان ولا يصح النكاح الا بلفظ الانكاح والتزويج
وقال ابو حنيفه ينعقد بكل لفظ يقتضي التمليك على التابيد في حال
الحيوة وعنه في لفظ الاجارة روايتان وقال مالك تنعقد بذلك مع ذكر
المهر وفي صحة نكاح النبي صلى الله عليه وسلم بلفظ الهبة وجهان فان قال
زوجت بنتي من فلان فبلغه فقال قبلت النكاح لم يصح وقال ابو يوسف
يصح ويكون قوله زوجتك فلانا جميع العقد فان قال زوجتك بنتي فقال
قبلت فهل يصح النكاح فيه قولان احدهما انه لا يصح حتى يقول قبلت
النكاح والثاني انه يصح وهو قول ابي حنيفه وان عقد النكاح بالعجمية
فقد حكى الشيخ ابو حامد انه ان كان يحسن بالعربية لم يصح بغيرها واحدا وان
كان لا يحسنها ففيه وجهان وحكى القاضي ابو الطيب وجه انه ان كان
لا يحسن العربيه صح بغيرها وجها واحدا وان كان يحسن العربيه فوجهان
وهو الاصح ومن اصحابنا من اجملهما فقال فيه ثلثة اوجه احدها انه لا يصح
والثاني انه ان كان يحسن العربيه لم يصح وان كان لا يحسن العربيه صح
والثالث وهو الاصح يصح بكل حال وان فصل بين الايجاب والقبول بخطبه
فقال الولي زوجتك بنتي وقال الزوج بسم الله والحمد لله والصلوة على رسول
الله قبلت النكاح ففيه وجهان احدهما وهو قول الشيخ ابي حامد رحمه الله انه
يصح والثاني انه لا يصح

باب ما يحرم من النكاح وما لا يحرم

تحرم عليه ام المراة على التابيد بنفس العقد على البنت وحكي عن علي رضي الله عنه انه
قال تحرم بالدخول بالبنت وعن زيد انها تحرم بالدخول او بالموت وتحرم عليه
الربيبة بالدخول بالام وقال داود تحرم عليه بالدخول بالام اذا كانت في كفالته
وما تعلق بالنكاح من تحريم المصاهرة يتعلق بالوطي في ملك او شبهة
ملك فاما المباشرة فيما دون الفرج بشهوة فهل يتعلق بها التحريم فيه
قولان احدهما انه يتعلق بها وهو قول ابي حنيفة والثاني انه لا يتعلق بها
ومن زنا بامراة لم يحرم عليه نكاحها ولا نكاح امها وابنتها وبه قال
مالك وان زنت امراة الرجل لم ينفسخ نكاحه وحكي عن علي رضي الله
عنه انه قال ينفسخ نكاحها وتحرم على الزاني نكاح الزانية عنده
وهو قول الحسن البصري وقال ابو حنيفه يتعلق تحريم المصاهرة بالزنا
وزاد عليه احمد وقال اذا لاط بغلام حرمت عليه امه وابنته وقال
ابو حنيفة [illegible] النظر الى الفرج كالمباشرة
في تحريم المصاهرة ولا يتعلق بالزنا عدة حاملا كانت او حائلا واذا تزوجت
حل للزوج وطيها غير انه يكره له وطيها حتى تضع وقال مالك واحمد
والثوري تجب عليها العدة وان كانت العدة ذات زوج وتحرم على الزوج وطيها
حتى تنقضي عدتها وقال ابن شبرمة وابو يوسف وان كانت حاملا حرم نكاحها
حتى تضع وان كانت حائلا لم تحرم ولم تعتد وقال ابو حنيفه لا تحرم نكاحها
حاملا كانت او حائلا ولكنه اذا تزوجها حاملا حرم عليه وطيها حتى تضع ولا تحرم
عليه نكاح المولودة من الزنا وقال ابو حنيفه واحمد تحرم عليه نكاحها وحكي

الحاوي انه اذا استلحقها الحقته عن الحسن وابن سيرين واحمد واسحق قال
الشافعي رحمه الله واكره له ان يتزوجها فمن اصحابنا من قال انما كره خوفا ان تكون
مخلوقة من مايه فعلى هذا لو علم قطعا انها من مايه بخبر النبي صلى الله عليه وسلم
في زمانه حرم عليه نكاحها ومنهم من قال انما كره ليخرج من الخلاف فعلى هذا
لو تحقق انها مخلوقة من مايه لم تحرم عليه وهو الاصح وحكي عن المزني انه لا يكره
نكاحها واما المنفية باللعان فانها تحرم على الملاعن على اصح الوجهين ويحرم
الجمع بين الاختين في النكاح وبين المراة وعمتها والمراة وخالتها وحكي عن
الخوارج والرافضة انه يجوز الجمع بين المراة وعمتها والمراة وخالتها في النكاح
فان نكح وثني وثنية ودخل بها ثم اسلم وتزوج باختها في عدتها لم يصح نكاحها
وقال المزني يكون نكاحها موقوفا على اسلام اختها فان لم تسلم حتى انقضت عدتها
صح ومن طلق احدى الاختين طلاقا بائنا حل له نكاح الاخرى وان كانت المطلقة
في عدتها وقال ابو حنيفه لا يحل له نكاحها حتى تنقضي عدتها وما حرم بعقد
النكاح من الجمع حرم بالوطي في ملك اليمين وقال داود لا يحرم الجمع بين الاختين
في الوطي بملك اليمين وهو رواية عن احمد فان وطي احدى الاختين بملك اليمين
حرمت عليه الاخرى حتى يحرم الموطوءة على نفسه ببيع او عتق او كتابة او نكاح وحكي
عن قتادة انه قال اذا استبراها حل له وطي الاخت الاخرى فان وطي المملوكة
ثم تزوج اختها حرمت المملوكة وحلت المنكوحة وهو قول احمد وقال
مالك لا يصح نكاح الاخت وتبقى الموطوءة على الاباحة وقال ابو حنيفه يصح نكاح
الاخت غير انه لا يحل له وطي المنكوحة حتى تحرم الموطوءة على نفسه فان

نظر الى امته بشهوة لم يتعلق به تحريم المصاهرة وحكي عن عبد الله بن عمرو بن العاص
ان من جرد امته وان لم يطاها حرمت عليه امها وابنتها ولا باس ان يتزوج ابنه
ببنتها وحكي عن طاوس انه قال لا يجوز ان يتزوج الرجل بامراة او يتزوج ابنه
ببنتها اذا ولدتها بعد وطي الاب وان كانت قد ولدتها قبل وطيه لها لم يحرم
قال الشافعي رحمه الله ولا باس ان يجمع الرجل بين المراة وزوجة ابيها وبين
امراة الرجل وبنت امراة له غير هذه المراة وحكي عن ابن ابي ليلى
انه قال يمنع من ذلك ويحل نكاح حراير اهل الكتاب وهم اليهود
والنصارى ومن دخل في دينهم قبل التبديل والنسخ وقالت الامامية
من الشيعة لا يحل نكاحهن الا عند عدم المسلمة واما الصابيون والسامرة
فقد قال ابو اسحق الصابية من النصارى والسامرة من اليهود واستفتي
القاهر ابا سعيد الاصطخري عن الصابية فافتى بقتلهم لانهم يعتقدون ان
الكواكب السبعة مدبرة والمذهب فيهم انهم ان كانوا يوافقون اليهود
والنصارى في اصل دينهم فهم منهم وان خالفوهم في اصل الدين فليسوا
منهم واما المجوس فلا يحل مناكحتهم وقال ابو ثور يحل وقال ابو اسحق
ان قلنا كان لهم كتاب حل مناكحتهم ووطي امايهم بملك اليمين وان قلنا لم
يكن لهم كتاب لم يحل والمذهب الاول ومن ولده بين وثني وكتابية
لا يحل مناكحته وبه قال احمد وقال ابو حنيفه يحل مناكحته ومن ولده
بين كتابي ووثنية ففيه قولان احدهما انه لا يحل وهو قول احمد والثاني
يحل وهو قول ابي حنيفه لا يحل للمسلم نكاح الامة الكتابية وبه قال

مالك واحمد وفي اباحة نكاحها للكافر وجهان وقال ابو حنيفة يحل للمسلم
نكاحها وحكي عن بعض الناس انه قال يجوز للعبيد نكاح الامة الكتابية ولا
يجوز للحر ومن لا يحل نكاحه من الكفار لا يحل وطي امايهم بملك اليمين
وحكي عن ابي ثور انه قال يحل وطي جميع الاما بملك اليمين على اي دين كن
فان تزوج مسلم حرة كتابية حربية صح وان كره وابطل العراقيون
نكاحها فان سبيت الحربية وهي تحت مسلم لم يجز استرقاقها في اصح
الوجهين فاما الامة المسلمة فلا يجوز للحر نكاحها الا ان يكون عادما
لطول حرة خايفا من العنت وبه قال مالك واحمد وقال ابو حنيفة
واصحابه اذا لم يكن تحته حرة جاز له نكاح الامة وان كان امنا من العنت
واجدا الطول حرة وقال الثوري اذا كان خايفا للعنت جاز له نكاح الامة
وان كان واجدا للطول فان وجد ما يتزوج به حرة كتابية او يشتري به
امة مسلمة ففيه وجهان اصحهما انه لا يجوز له نكاح الامة وان كان
عنده حرة الا انه لا يقدر على وطيها لصغر او رتق جاز له نكاح الامة في
اصح الوجهين فان تزوج امة لعدم الطول وخوف العنت ثم ايسر او تزوج
حرة لم يبطل نكاح الامة وقال المزني رحمه الله يبطل نكاح الامة بالقدرة
على طول الحرة واما العبد فيجوز له نكاح الامة فان كان امنا من العنت
وهو قول احمد في احدى الروايتين وقال ابو حنيفة رحمه الله ان كان تحته
حرة لم يجز له نكاح الامة ولا يجوز للحر ان يزيد على امة وبه قال ابو
حنيفة ومالك يجوز ان يتزوج من الاما ما تزوج من الحرائر فان تزوج

الحر حرة وامة في عقد واحد بطل نكاح الامة وفي صحة نكاح الحرة قولان
وكذا اذا تزوج اخته واجنبية بطل النكاح في الاخت وفي الاجنبية
قولان ويحرم على الاب نكاح جارية ابنه فان تزوج جارية ثم ملكها ابنه
فهل يبطل نكاحه فيه وجهان ويكره نكاح المرتابة بالحمل بعد انقضا
العدة فان تزوجها فهل يصح النكاح فيه وجهان اصحهما انه يصح ولا يجوز
ان يتزوج العبد بمولاته فان تزوج عبد بحرة باذن مولاه على الف بعينها
فاشترته بعين الالف قبل الدخول فالبيع باطل وان اشترته بالف في
ذمتها صح الشرا وبطل النكاح وفيما يسقط من المهر وجهان احدهما انه
يسقط جميع مهرها ويحرم على الحر ان يتزوج اكثر من اربع نسوة وهو
قول عامة الفقها وحكي عن القاسمية وطايفة من الزيدية انه يحل له نكاح
تسع ولا يجوز للعبد ان يزيد على اثنتين وقال مالك العبد كالحر في العدد
وبه قال ابو ثور وداود ويحرم نكاح الشغار وهو ان يزوج الرجل ابنته او
اخته على ان يزوجه ذلك ابنته او اخته ويكون بضع كل واحدة منهما
صداقا للاخرى وبه قال مالك واحمد وقال ابو حنيفة والزهري العقد
صحيح والمهر فاسد فان قال زوجتك بنتي بمائة على ان تزوجني ابنتك بمائة
ويكون بضع كل واحد منهما صداقا للاخرى بطل النكاح في اصح الوجهين
وحكي في الحاوي عن مالك انه اذا قال اذا جيتني بكذا وكذا الى اجل
سماه فقد زوجتك بنتي ففعل ما ذكره صح النكاح ويحرم نكاح المتعة
وهو ان يتزوجها يوما او شهرا وحكي عن عبد الله بن عباس رضي الله عنه

اجازه وهو قول الشيعة وحكي ان ابن عباس رجع عن ذلك وقال المتعه
حرام كالميتة والدم فان تزوجت المطلقة ثلثا رجلا على انه اذا وطيها طلقها صح بطل
النكاح في اصح القولين وفي الثاني يصح وهو قول ابي حنيفه فاذا قلنا بالاول
فوطيها هل يحصل به الاحلال فيه قولان احدهما يحل فعلى هذا من
اصحابنا من قال يحل بكل وطي في نكاح فاسد ومنهم من قال يختص بهذه
المسئلة فان تزوجها بنوي انه اذا احلها طلقها صح النكاح وهو قول
ابي حنيفه وقال مالك واحمد النكاح باطل ان تزوجها على انه اذا احلها
فلا نكاح بينهما بطل النكاح قولا واحدا وحكي عن ابي حنيفه انه لا يبطل
العقد وان شرط ذلك قبل العقد وان نواه وحكي عن مالك انه يفسد
وفي التعريض بخطب المختلعة في حال العدة قولان احدهما انه لا يحرم
كالمطلقة ثلثا والمتوفي عنها زوجها فان خطب رجل امراة فصرحت له
بالاجابة حرم على غيره خطبتها الا ان ياذن الاول فيه وان عرضت له بالاصابة
فهل لمن غيره خطبتها فيه قولان قال في الجديد لا يحرم وقال في القديم
يحرم وحكي عن داود انه قال لا يجوز التعريض بالخطبة شرا فان خطب
على خطبة اخيه وعقد صح وان حرم وقال مالك يصح فيه ۵

باب الخيار في النكاح والرد بالعيب

اذا وجد الرجل امراته مجذومة او مجنونة او برصا او رتقا وهي التي انسد
فرجها او قرنا وهي التي في فرجها لحم يمنع الوطي ثبت له الخيار وان وجدت
المراة زوجها مجنونا او مجنونا او مجذوما او ابرص او عنينا ثبت له

الخيار وبه قال مالك واحمد وقال ابو حنيفه لا خيار في شي من ذلك سوى
الجب والتعنين فانه يثبت بهما الخيار للمراة وحكي الحسن البصري
وعطا ابن ابي رباح انه يثبت الخيار للمراة بالعيوب دون الزوج وان
وجد احدهما الاخر وله فرج الرجال وفرج النسا لم يثبت له الخيار في احد القولين
وهذا اذا ثبت كونه رجلا او امراة ومن اصحابنا من خرج فيه وجهان احدانه
ان زال اشكاله بالبول من احد الفرجين فلا خيار له وان زال بكثرة البول
من احدهما او سبقه فله الخيار لانه مجتهد فيه فان وجدت المراة زوجها
خصيا لم يثبت له الخيار في احد القولين وان وجد احدهما بصاحبه عيبا وبه مثله
لم يثبت له في احد الوجهين فان زوج ابنه الصغير بامراة رتقا لم يجز في احد
الوجهين فان حدث بالمراة عيب بعد العقد فهل يثبت به الخيار للزوج فيه
قولان اصحهما انه يثبت له به للمراة فان فسخ النكاح لها بالعيب بعد
الدخول سقط المسمي ووجب مهر المثل وهل يرجع به على من غره فيه قولان قال
في القديم يرجع وقال في الجديد لا يرجع وهو قول ابي حنيفه فان كان الرجوع على المراة
رجع عليها بجميع المهر في احد الوجهين كما لو كان على الولي فان دعت المراة
وليها الى التزويج في مجذوم او ابرص لم يلزمه الاجابة في احد الوجهين فان اتفق
الزوجان على العيب وتراضيا بفسخ النكاح فقد حكي فيه وجهان احدهما انه
يجوز والثاني انه لا يجوز الا بالحاكم فان ادعت المراة على الزوج انه عنين وانكر
الزوج ذلك فالقول قوله مع يمينه فان نكل عن اليمين ردت اليمين عليها
وقال ابو سعيد الاصطخري يقضي بنكوله ولا يرد اليمين عليها وحكي في الحاوي

عن ابي اسحق انه لا يثبت العنة الا باقراره فان حلفت المراة واعترف الزوج
اجله الحاكم سنة وحكي عن الحكم بن عتيبة وداود انهما قالا لا تضرب له
المدة ولا يثبت به الخيار للمراة وحكي في الحاوي انه يوجل نصف سنة
وعن الحرث انه يوجل عشرة اشهر وعن سعيد بن المسيب انها ان كانت
حديثة عهد معه اجل لها سنة وان كانت قديمة العهد اجل خمسة اشهر فان
انقضت السنة ولم يطا فرق بينهما وكانت الفرقة فسخا وقال ابو حنيفة
تكون طلقة ثانية فان وطيها فغيب الحشفة في الفرج سقطت المدة فان
كان مقطوع بعض الذكر لم تخرج من التعنين الا بتغييب جميع الباقي على الصحيح
من المذهب وان كان مقطوع بعض الذكر وكان الباقي يمكن الجماع به فادعت
المراة انه لا يمكن الجماع به ففيه وجهان احدهما ان القول قول الزوج
وحكي في الحاوي انه اذا كان الباقي يمكن الجماع فهل يثبت له
الخيار فيه وجهان اصحهما انه لا خيار لها لانه بمنزلة الذكر القصير
وان اختارت المراة المقام معه قبل انقضا الاجل خيارها في احد الوجهين
فان وطيها ثم ادعت انه قد عن عنها بعد ذلك لم يضرب له المدة وقال
ابو ثور تضرب له الخيار بان طلقها بعد انقضا المدة فبانت منه ثم عاد
وتزوجها وطالبته بالفسخ بالعنة كان لها ذلك في قوله القديم وقال في
الجديد ليس لها فاذا كان له اربع نسوة فضرب لهن المدة فوطي واحدة منهن
لم تخرج من حكم المدة في حق غيرها وقال مالك يسقط حكم المدة في حق جميعهن

فان ترك وطيها من غير عنة لم يكن لها مطالبته به في قول ابي اسحق وقال ابو علي
بن ابي هريرة تجب عليه ان يطاها مرة واحدة وقال مالك متى امسك عن
وطيها من غير عذر كان لها مطالبته بالفرقة فان اخبرها قبل النكاح انه
عنين فتزوجته فهل تثبت لها الخيار فيه قولان قال في القديم لا خيار لها
وقال في الجديد لها الخيار فان اختلفا في الاصابة فادعاها وانكرته وهي
ثيب فالقول قوله مع يمينه وحكي عن عطا انه قال يريهم نطفته وقال
الاوزاعي تشهده امراتان ويترك بينه وبينها ثوب ويجامع زوجته
فاذا قام عنها نظرتا الى فرجها فان كان فيه رطوبة الما فقد صدق وحكي
عن مالك ذلك واكتفى بامراة واحدة وعن احمد روايتان احداهما
مثل قولنا والثانية يترك في بيت معها ويريناه وان كانت بكرا
فادعى وطيها والبكارة باقية فالقول قولها مع يمينها اذا ادعى عود البكارة
فان حلف ردت اليمين عليه فان لم يحلف فقد قال ابو علي الطبري يحتمل
وجهين احدهما ان القول قوله فلا يثبت الفسخ مع الشك والثاني قولها
والاول اصح

فصل اذا تزوجت المراة رجلا على انه على صفة
فخرج بخلافها صح العقد في اصح القولين فان خرج دون ما شرطت
وكان عليها فيه نقص كانها شرطت انه حر فخرج عبدا او جميل فخرج
قبيحا او عربي فخرج عجميا وهي عربية ثبت لها الخيار وان لم يكن عليها
نقص فان خرج عجميا وهي عجمية فلا خيار لها في احد الوجهين وان كان الغرور
من جهة المراة بان تزوجها على انها حرة فبانت امة وهو ممن يحل له نكاح

الامة وقلنا يصح النكاح في احد القولين ثبت لها الخيار في اصح القولين وقال
ابو اسحق ان كان الزوج عبدا بطل خياره قولا واحدا فان اختار الفسخ بعد
الدخول وهو عبد وجب عليه مهر المثل واين يجب فيه ثلثة اقوال احدها
في كسبه والثاني يتعلق برقبته والثالث يتعلق بذمته يتبع به اذا
اعتق وان قلنا ان النكاح باطل وجب عليه مهر المثل وهل يرجع به على الغار
قولان فان غرته بصفة عن الرق الى او بنسب فان قلنا ان النكاح صحيح
فبان سنها دون سنه لم يثبت له الخيار في احد الوجهين فان تزوج امراة
وظنها حرة فبانت امة فالمنصوص انه لا خيار له وقال الشافعي رحمه الله
فيمن تزوج امراة يظنها مسلمة فبانت كافرة ثبت له الخيار فمن اصحابنا من
جعل المسئلتين على قولين ومنهم من فرق بينهما فان تزوجت الامة رجلا
تظنه حرا فبان عبدا فلا خيار لها وحكي فيه وجه اخر ان لها الخيار ٥

فصل اذا اعتقت الامة تحت حر فلا خيار لها وبه قال
مالك واحمد وقال ابو حنيفة واصحابه لها الخيار وان اعتقت تحت عبد ثبت
لها الخيار على الفور في اصح القولين وفي القول الثاني على التراخي وفي وقته
على هذا القول قولان احدهما انه يتقدر بثلثة ايام والثاني لها الخيار
الى ان تمكنه من وطيها فان ادعت الجهل بالعتق وكانت في موضع
لا يخفى عليها ذلك بان تكون معه في دار واحدة لم يقبل قولها في اصح الطريقين
وفي الطريق الثاني فيه قولان وان ادعت الجهل بثبوت الخيار لها قبل قولها
في احد القولين فان لم تختر الفرقة حتى اعتق الزوج سقط خيارها في احد القولين

وان طلقها الزوج قبل ان تختار الفسخ بعد الطلاق في اصح القولين والثاني
انه موقوف فان كانت المعتقة صغيرة فخيارها موقوف على بلوغها ولم
يمنع الزوج من وطيها قبل بلوغها وخرج فيه وجه اخر انه يمنع على
احد القولين ان طلاقه لا يقع على المعتقة قبل اختيار الفسخ فان اختارت
الفسخ وكان العتق قبل الدخول وهي مفوضة وفرض لها المهر وقلنا ان
المهر يجب بالعقد كان للمولى وان قلنا انه يجب بالدخول كان لها وان تزوج
عبد مشرك حرة مشركة ثم اسلما لم يثبت لها الخيار في احد الوجهين
فان عتق عبد وتحته امة لم يثبت له الخيار في احد الوجهين فان طلقها
الزوج طلقة رجعية ثم اعتقت فاختارت الفسخ فعاد فتزوجها بعدما
اعتق ملك عليها طلقتين في احد الوجهين وفي الثاني طلقة ٥

باب نكاح المشرك ٥

اذا اسلم احد الزوجين تعجلت الفرقة الوثنيين او المجوسيين او اسلمت المراة
وزوجها يهودي او نصراني وكان ذلك قبل الدخول تعجلت الفرقة ان كان
بعد الدخول وقف على انقضاء العدة فان اسلم الاخر قبل انقضاء العدة
فهما على النكاح وان لم يسلم حتى انقضت العدة بانت وبقولنا قال
احمد وقال مالك ان اسلمت الزوجة اولا فالحكم على ما ذكرناه وان اسلم
الزوج فاسلمت في الحال والا انفسخ نكاحها وعن احمد رواية اخرى ان النكاح
ينفسخ في الحال وقال ابو حنيفة ان كانا في دار الحرب فالنكاح بينهما موقوف
على مضي ثلثة اقرا ولا اعتبار بالدخول فان لم تكن من ذوات الاقرا فعلى ثلثة

الشهور

شهور فاذا انقضت وقعت الفرقة واستانفت العدة ولا يكون ما مضى من
والاقرار عدة وان كانا في دار الاسلام عرض الاسلام على المتاخر منهما في الشرك
فان اباه فرق بينهما فان كان الاباء من جهة الزوج كانت الفرقة طلاقا وان
كان من جهة المراة كانت فسخا وان كان احدهما في دار الاسلام والاخر في
دار الحرب انفسخ النكاح في الحال قبل الدخول وبعده وقال داود وابو
ثور ينفسخ النكاح في الحال بكل حال وعند ابي حنيفة اذا دخل احد الزوجين
الحربيين دار الاسلام وعقد لنفسه عقد الذمة انفسخ نكاحه
فان اسلم الحر وتحته اكثر من اربع نسوة واسلمن معه لزمه ان يختار
منهن اربعا وكذا اذا اسلم وتحته اختان واسلمتا معه اختار
احديهما وبه قال مالك ومحمد بن الحسن وابو ثور الا ان مالكا قال لا
يرتفع النكاح في الباقيات الا بطلاق وقال ابو حنيفة وابو يوسف
ان كان قد تزوجهن في عقد واحد بطل نكاح الجميع وان كان في عقود
فنكاح الاربع الاوائل صحيح وبه قال الاوزاعي فان وطي احديهن فهل
يكون وطيه اختيارا لها فيه وجهان اصحهما انه ليس باختيار فان
اسلم وتاخرن في الشرك بعد الدخول فقال كلما اسلمت واحدة منكن
فهي طالق صح ذلك في اصح الوجهين وكلما اسلمت واحدة منهن طلقت
وكان اختيارا لها وان اسلم ثم ارتد ثم اسلمن لم يصح اختياره وان اسلم واحرم
واسلمن فالمنصوص انه يصح اختياره ومن اصحابنا من جعلها على قولين ومنهم
من قال ان اسلم واحرم ثم اسلمن لم يصح اختياره قولا واحدا وان اسلم واسلمن ثم

1

احرم صح اختياره فان اسلم وتحته اكثر من اربع نسوة واسلمن معه ومات
قبل الاختيار وقف لهن نصيب الزوجات فان جاء اربع يطلبن لم يدفع اليهن
شي فان جاء خمس دفع اليهن ربع الموقوف ذكر الشيخ ابو حامد رحمه الله انه
يدفع اليهن ذلك بشرط ان لا يبقى لهن حق في الباقي قال الشيخ ابو نصر
رحمه الله هذا ليس بصحيح لان من دفع اليه الحق اليقين لا يشترط فيه
ان لا يبقى له حق في الباقي وكان ينبغي ان يدفع الباقي وذكر في الحاوي
وجهين في صرف الباقي الى الباقي وذكر ان اصحهما ان يدفع فان اسلم
وتحته اربع كتابيات واسلم معه اربع وثنيات كن تحته ومات ففيه
وجهان احدهما وهو قول ابي القاسم الداركي لانه لا يوقف وهو الاظهر
فان قال في الاختيار لهؤلاء فراق هؤلاء فهل يكون ذلك طلاقا او فسخا
قال القاضي ابو الطيب رحمه الله فيه نظر ويحتمل ان يكون طلاقا وذكر
الشيخ ابو حامد انه فسخ قال الشيخ ابو نصر رحمه الله وما ذكره القاضي ابو
الطيب مخالف لنص السنة ويحتمل قول الشيخ الامام حفظه الله ان
يكون من تحا فيهما فرجع في التعيين اليه فان اسلم وتحته ام وبنتها واسلمتا
معه فان لم يكن قد دخل بواحدة منهما اختار من شاء منهما في اصح القولين
وفي القول الثاني يلزمه نكاح البنت فلا شي للام فان قلنا تختار ايتهما
شاء وايتهما فارقها وجب لها نصف المهر قال الشيخ ابو نصر رحمه الله وقد
خالفه القفال فقال اذا الزمه نكاح البنت فقد صححنا نكاح الام ثم افسدناه
بالاسلام فكان ايجاب المهر لها اولى اذا اسلم وتحته اربع اماء فاسلمت

منهن فاختار فسخ نكاحها لم يكن له ذلك فان اسلمن فاختار او امسك التي
اختار فسخ نكاحها جاز في اظهر الوجهين اذا ارتد الزوجان او احدهما قبل
الدخول وقعت الفرقة على النكاح في الحال وان كان بعد الدخول وقعت
الفرقة على انقضاء العدة فان اجتمعا على الاسلام قبل انقضاء العدة فهما على
النكاح وقال ابو حنيفة اذا ارتد احدهما تعجلت الفرقة وان ارتدا معا فهما على
النكاح استحسانا ولا اعتبار عنده بالدخول اذا انتقل الكتابي الى دين لا يقر اهله
عليه لم يقر عليه ولا يقبل منه الا الاسلام في اصح الاقوال وفي الثاني
يقبل منه الاسلام او الدين الذي كان عليه او دين يقر عليه وان تزوج كتابي
وثنية لم يصح في ظاهر المذهب وقال ابو سعيد الاصطخري يجوز واذا اسلم
الوثنيان قبل الدخول واختلفا فقالت المراة اسلم احدنا قبل الاخر
وقال الزوج اسلمنا معا فالنكاح بحاله فالقول قول الزوج في احد القولين
وهو اختيار المزني فان اسلما بعد الدخول واختلفا فقال الزوج اسلمت قبل
انقضاء عدتها فالنكاح بحاله وقالت المراة بل اسلمت بعد انقضاء عدتي
فلا نكاح بيننا فقد نص الشافعي رحمه الله على ان القول قول الزوج ونص في
الرجعية والمرتد في مثل هذا ان القول قول المراة فمن اصحابنا من جعل
المسايل كلها على قولين ومنهم من جعلها على اختلاف حالين فحيث قال
القول قول الزوج اذا سبق بالدعوى وحيث قال القول قولها اذا سبقت
بالدعوى ومنهم من قال هو على اختلاف حالين على غير هذا الوجه فحيث
قال القول قول الزوج اذا اتفقا على صدقه في زمان ما ادعاه لنفسه فان قال

اسلمت في رمضان فقالت المراة لكن انقضت عدتي في شعبان فالقول قول
قول الزوج وحيث قال القول قولها اذا اتفقا على صدقها في زمان ما ادعته
لنفسها بان قالت عدتي انقضت في رمضان فقال الزوج قد كنت
راجعتك في شعبان او اسلمت في شعبان فالقول قولها مع يمينها اذا
اسلم وتحته اربع اماء وحرة واسلم الاماء معه وتاخرت الحرة في الشرك
فان اختار واحدة من الاماء لم يصح اختيارها في الحال فان لم تسلم الحرة
حتى انقضت عدتها انفسخ نكاحها وهل يثبت نكاح المختارة فيه وجهان
فان اسلم الزوج واعتق الاماء اسلمن وتخلفت الحرة في الشرك فله ان يمسكهن
فان اخر الاختيار فيهن حتى تسلم الخامسة فقد ذكر الشيخ ابو حامد رحمه
الله ان له ذلك وكذا ذكر القاضي ابو الطيب في المجرد قال الشيخ ابو نصر
رحمه الله وعندي ان تاخير اختيار الكل لا معنى له فانه لا بد ان يلزمه
نكاح ثلث منهن فعليه ان يختار ثلثا منهن اذا اسلم عبد وتحته اربع اماء
وتاخرن في الشرك واعتقن فاخترن فسخ نكاحه فظاهر ما نقله المزني
انه لا يصح اختيارهن للفسخ وهو قول ابي طيب بن سلمة وقال ابو اسحق
وجمهور اصحابنا يصح اختيارهن للفسخ قال ابن الحداد لو تزوج مشرك
اختين ثم طلق كل واحدة منهما ثلثا ثم اسلم واسلمتا معه فاراد ان ينكح
احديهما او اسلم واسلمتا معه وطلق كل واحدة منهما ثلثا يقال له لو لم
يطلق من كنت مختارا منهما فاذا اشار الى احديهما كان له ان يعقد على الاخرى
فمن اصحابنا من قال اصاب في المسالة الثانية واخطا في الاولة فانه اذا

طلق كل واحد منهما في حال الشرك ثلثا لم تحل له واحدة منهما قال القاضي ابو
الطيب رحمه الله هذا ليس بصحيح والشيخ ابو نصر رحمه الله اختار الاول
والزمه حكم الطلاق في الشرك في الكل لان انكحة اهل الشرك
صحيحة وطلاقهم واقع وتحصل بوطي الذمي الاحلال للمطلق وبه قال
ابو حنيفة واحمد وقال مالك لا تصح انكحتهم ولا يقع طلاقهم وانما يقرون
عليها بعد الاسلام

كتاب الصداق

اذا ذكر في النكاح صداق مجهول صح النكاح وفسد الصداق ووجب
مهر المثل وقال مالك في احدى الروايتين يفسد النكاح ويروى عن احمد
ايضا وقال ابو حنيفة ومالك واحمد اذا اصدقها عبدا مطلقا صح ووجب
لها عبد وسط فان تزوجها على عينه عبد موصوف لزمه تسليمه وقال ابو
حنيفة واحمد ان شا سلم العبد وان شا دفع قيمته وعن ابي حنيفة في الثياب
روايتان احديهما له دفع قيمتها ايضا واذا فسد المسمى وجب مهر المثل بالغا
ما بلغ وبه قال زفر وقال ابو حنيفة وصاحباه لها الاقل من مهر المثل او المسمى
ولا يتقدر اقل الصداق بشي وبه قال احمد والثوري وابو ثور وقال ابو حنيفة
ومالك اقله مقدر بما يقطع به السارق فعند ابي حنيفة يتقدر بعشرة دراهم
فلو سمي اقل من عشرة وجب عشرة وعند زفر تجب مهر المثل وعند مالك
يتقدر بربع دينار وحكي عن النخعي انه قال اقله اربعون درهما وحكي عن سعيد
بن جبير انه قال اقله خمسون درهما وقال ابن شبرمة اقله خمسة دراهم ويجوز
ان يكون الصداق منفعة كالخدمة وتعليم القران وسكنى الدار

وقال ابو حنيفة منفعة الحر لا يجوز ان تجعل الصداق ومنفعة المال يجوز ان
تجعل صداقا وتعليم القران لا يجوز ان تجعل صداقا بحال عنده وعند احمد
في تعليم القران روايتان وبقولنا قال مالك الا انه قال يكره ذلك
فان تزوج ذمي ذمية على خمر او خنزير وقبضت البعض دون البعض ثم اسلما
او تحاكما الينا فانه يبرى من قسط المقبوض ويجب قسط الباقي من مهر
المثل فان كان قد اصدقها عشرة ازقاق خمر فقبضت منها خمسة ففيه
وجهان احدهما انه يعتبر عددها فيرجع بنصف مهر المثل والثاني انه يعتبر
كيلها وان كان قد اصدقها عشرة خنازير فقبضت منها خمسة ففيه وجهان
احدهما انه يعتبر العدد والثاني انه يعتبر بما له قيمة من الغنم على سبيل
التقدير وحكي في الحاوي الوجه الثاني عن ابي علي بن ابي هريرة اذ يعتبر
فيها الصغر والكبر فيجعل الكبير بعدل صغيرين وان اصدقها اجناسا
مختلفة خمسة ازقاق خمر وعشرة خنازير وخمسة عشر كلبا فقبضت
خمسة ازقاق واسلما ففيه ثلثة اوجه احدها انه يعتبر عدد الجميع
فيكون المقبوض خمسة من ثلثين وهي سدسها والثاني انه يعتبر عدد الاجناس
فيحط الثلث والثالث انه يعتبر قيمة الاجناس كما يقوم ما لا يتقوم في
الحكومة فان شرطت ان تخرج متى شات او ان لا يسافر بها وان لا يتزوج
عليها او ان لا يتسرى عليها فهذه شروط فاسدة غير ان النكاح لا يفسد
بها وبه قال ابو حنيفة ومالك وقال احمد هذه شروط صحيحة ومتى لم يف
لها بها ثبت لها الخيار في فسخ النكاح فان تزوجها على الف ان لم يخرجها

من بلدها او الفين ان اخرجها من بلدها فسد المهر ووجب مهر المثل
وقال ابو حنيفه ان وفى بالشرط الاول كان لها ما سمى وان لم يف لها به
كان لها مهر المثل وقال ابو يوسف ومحمد الشرطان جايزان فان شرطت
عليه ان لا يطاها بطل العقد وان شرط الزوج ان لا يطاها لم يفسد
وحكي عن ابي القسم الانماطي انه قال اذا شرط عليها ان يطاها ليلا دون
النهار جاز ولم يوثر وان شرطت عليه ذلك لم يصح **فصل**
اذا اعتق امته على ان تتزوج به ويكون عتقها صداقها فقبلت ذلك لم
يلزمها ان تتزوج به وقال الاوزاعي يلزمها ان تتزوج به وقال احمد في احدى
الروايتين اذا كان ذلك بحضرة شاهدين انعقد النكاح ويرجع عليها بقيمة
رقبتها وحكي عن مالك وزفر انهما قالا لا يستحق عليها شيا فان رضيت
ان تتزوج به بما وجب له عليها من قيمة رقبتها وكانت معلومة صح وان
كانت مجهوله لم تصح التسميه في اصح الوجهين فان اراد حيله يقع بها العتق
وتتزوج به ففيه وجهان قال ابو علي بن خيران يمكنه ذلك بان يقول ان
تزوجتك في غد فانت حرة اليوم وهي باقية على الرق في غد الى ان يتزوجها
فاذا تزوجها تبينا انها عتقت في اليوم قبله وعامة اصحابنا قالوا هذا خطا
ولا يصح النكاح فان قال رجل لاخر اعتق عبدك عن نفسك على ان ازوجك
بنتي فاعتقه لم يلزمه التزويج وهل يلزمه قيمة العبد فيه وجهان بنا
على القولين فيمن قال لغيره اعتق عبدك عن نفسك وعلي الف فاعتقه
احدهما انه يلزمه فان اعتق امته في مرضه وهي تخرج من الثلث ثم تزوجها

فهل يصح النكاح فيه وجهان ويثبت في الصداق خيار العيب وقال ابو حنيفه
لا يرد الصداق بالعيب اليسير ولا يثبت في الصداق خيار الشرط ولا خيار
المجلس وان شرط فيه الخيار لم يبطل النكاح في اصح الوجهين وتملك
المراة الصداق المسمى بالعقد ان كان صحيحا ويسلم اليها ان كانت بالغة
رشيده ومن اصحابنا من خرج قولا اخر انه يسلم الى ابيها او جدها
اذا كانت بكرا وان كانت بالغة وحكي في الحاوي عن مالك انها تملك نصف
الصداق بالعقد والباقي بالدخول فان قال الزوج لا اسلم الصداق حتى اسلم
المراة وقالت المراة لا اسلم نفسي حتى اتسلم الصداق لم يجبر واحد
منهما على احد القولين وفي الثاني يومر الزوج بوضع الصداق على يد عدل
وتومر المراة تسليم نفسها فاذا سلمت نفسها سلم الصداق اليها كالقولين
في البيع بثمن معين وحكي عن مالك انه قال لا يجوز للزوج وطيها حتى يسلم اليها
صداقها او شيا منه فان هلك الصداق في يد الزوج هلك من ضمانه وفيما
ترجع به المراة قولان قال في القديم يرجع الى قيمة العين اكثر ما كانت من حين
العقد الى حين التلف ان لم يكن له مثل وهو قول ابي حنيفه واحمد
وهو اختيار الشيخ ابي حامد رحمه الله قال الشيخ ابو نصر رحمه الله وهو اصح
القولين عندي الا ان ابا حنيفه قال اذا تزوجها على عبد فبان حرا
وجب لها مهر المثل وقيل تجب قيمته يوم التلف وقال في الجديد
يرجع بمهر المثل وهو اختيار القاضي ابي الطيب رحمه الله فان كان
الصداق تعليم سورة فتعلمتها من غيره او لم يتعلمها لسو حفظها

رجع في قوله القديم باجرة مثل تعليم السورة وفي قوله الجديد بمهر المثل
ويستقر الصداق بالوطي في الفرج وهل يستقر الصداق بالوطي في
المحل المكروه فيه وجهان ويستقر بالموت قبل الدخول وقال ابو
سعيد الاصطخري ان كانت الزوجة امة لم يستقر مهرها بموتها
والمذهب الاول ولا يستقر المهر بالخلوة في قوله الجديد وقال في
القديم يتقرر المهر بها وهو قول ابي حنيفة ومن اصحابنا من لم يجعل
هذا قولا في تقرير المهر وانما رجح به دعوى المراة وان اتت بولد لحقه
نسبه وهل يستقر المهر به فيه وجهان وان استدخلت ماءه ثبت
النسب وفي تقرير المهر به وجهان فان مكنت الزوج من نفسها
مرة فدخل بها سقط حقها من الامتناع وبه قال مالك وقال ابو
حنيفة لا يسقط حقها منه حتى تقبض مهرها وان رضيت بتاجيل
الصداق فليس لها منع نفسها فان اتفق تاخير التسليم حتى حل الاجل
فهل لها ان تمتنع من تسليم نفسها حتى يسلم المهر ذكر الشيخ ابو حامد
انه ليس لها ذلك وقال القاضي ابو الطيب رحمه الله لها ذلك وقد نص
المزني على مثله في البيع فان اصدقها تعليم سورة من القران فطلقها
بعد الدخول وقبل ان تتعلمها فيه وجهان احدهما انه يعلمها من وراء
حجاب والثاني انه لا يجوز له تعليمها ويرجع في قوله الجديد الى مهر المثل
وفي قوله القديم الى اجرة التعليم وان كان قد اصدقها تعليم سورة واياه
مخاومه فتعلمتها ايه فهل يكون ذلك تعليما مستقرا فيه وجهان احدهما

انه تعليم مستقر كما لو علمها الجميع والثاني انه مستقر حتى لو نسيت
ذلك لزمه ان يعلمها ثانيا فان اصدقها تعليم سورة من القران ولم يقدر
على تعليمها لحال لبلادتها ففيه وجهان احدهما ان الصداق يبطل
فيكون فيما تستحقه قولان على ما مضى والثاني انه جائز وتاتيه بمن يعلمها
مكانها وهل يثبت للزوج الخيار فيه وجهان احدهما انه لا خيار له والثاني
انه يثبت لها الخيار في الفسخ لانه يتلذذ بتعليمها واذا فسخ ففيما يلزمه
قولان احدهما اجرة مثل التعليم والثاني مهر المثل فان اتته
بغيرها ليعلمها مع قدرتها على التعليم فهل يلزمه ذلك فيه وجهان
وان اصدقها تعليم سورة من القران وهو لا يحسنها ولا يحسن الكتابة
ففيه وجهان احدهما انه يجوز كما لو اصدقها الف درهم وهو لا يملك
شيا والثاني انه لا يجوز فان اصدقها تعليم القران فطلقها قبل الدخول
فلها نصف الصداق فعلى هذا هل يتجزا القران فيه وجهان احدهما
انه يتجزى في كلماته وحروفه التي جزاه السلف عليها ويلزمه ان يعلمها
نصف القران والثاني انه وان تجزى في كلماته وحروفه فليس يتماثل
لما فيه من المتشابه وبعضه اصعب من بعض وسورة اصعب من بعض وسورة
اصعب من سورة وعشرة اصعب من عشر فعلى هذا يكون على القولين
فيما يرجع به فان اصدقها خياطة ثوب لها بعينه فتلف الثوب ففي
بطلان الصداق وجهان احدهما وهو الذي نقله المزني انه يبطل والثاني

انه جايز وبانيه بثوب مثله ليخيطه لها بناها على القولين في الولد اذا مات
في الاجارة على الرضاع فان اتلف الصداق اجنبي وقلنا ان المراة ترجع
بقيمة فيما وراه للحادث في يد الزوج وان قلنا انها ترجع عليه بمهر المثل
ففيه وجهان اصحهما ان نماه لها فان اصدقها دراهم موصوفة في الذمة
وسلمها اليها وطلقها قبل الدخول وهي باقية في يدها فهل له الرجوع
في نصفها بعينها ففيه وجهان احدهما ان لها ان تعطيه النصف من غيرها
فان تلف الصداق في يدها قبل الدخول وطلقها رجع عليها بنصف قيمته
وحكى عن مالك في الحاوي انه يكون امانة في يدها فلا يرجع عليها شي وان
تلف الصداق بعد الطلاق قبل الدخول وقد بذلت له تسليم نصفه
ومكنته منه فلم يفعل ففيه وجهان بناء على اختلاف اصحابنا فيما يستحقه
الزوج عليها فمنهم من قال يستحق عليها التمكين من نصف الصداق فلا ضمان
عليها ومنهم من قال يستحق عليها التسليم وهو الاصح فعليها الضمان وان
وقعت الفرقة قبل الدخول بسبب من جهتهما كالردة منهما ففيه
وجهان احدهما انه يسقط نصف المهر كالخلع والثاني انه يسقط
جميعه وان قتلت الحرة نفسها قبل الدخول فالمنصوص انه لا يسقط
مهرها وقال في الامة اذا قتلت نفسها او قتلها مولاها يسقط مهرها
فمن اصحابنا من خرج المسئلتين على قولين وهو قول ابي العباس بن سريج اصحهما
انه لا يسقط وهو قول ابي حنيفة واختيار المزني وقال ابو اسحق يسقط
في الامة ولا يسقط في الحرة فان طلقها قبل الدخول ثبت له الرجوع

في نصف مهرها ويدخل في ملكه بنفس الطلاق اذا كان باقيا بحاله على
المنصوص وقال ابو اسحق لا يدخل في ملكه الا باختياره تملكه وهو قول
ابي حنيفة فان كان الصداق قد زاد في يدها زيادة غير متميزة فلها
ان تمتنع من تسليم النصف وتعطيه نصف قيمة العين من غير زيادة وبه
قال ابو حنيفة وقال محمد بن الحسن يرجع الزوج في نصف العين مع الزيادة
فان كانت المراة مفلسة ففيه وجهان قال ابو اسحق يرجع في نصف العين
مع الزيادة واكثر اصحابنا قالوا لا يرجع في العين وان كان الصداق نخلا
عليه طلع غير موبر فبذلت له المراة نصفها مع الطلع ففيه وجهان
احدهما انه يجبر الزوج على قبولها وهو المنصوص عليه والثاني انه لا يجبر
وان طلب الزوج الرجوع بنصف النخل وترك الثمرة الى اوان الجداد
ففيه وجهان احدهما ان المراة لا تجبر على ذلك والثاني انها تجبر عليه
وحكى في الحاوي في الطلع بعد التابير ايضا وجهين في اجبار الزوج على
قبول نصف الثمرة مع بذلها وذكر ان الطلع الحادث في يدها هل
تجري مجرى الزيادة المتميزة ام لا فيه ثلثة اوجه احدها انه زيادة متميزة
موبرا كان او غير موبر كالولد والثاني انه زيادة غير متميزة موبرا كان او
غير موبر كالحمل والثالث انه ان كان موبرا فهو متميز وان كان غير موبر
فليس بمتميز كالحمل وان كان الصداق بهيمة فحملت ففيه وجهان احدهما
ان المراة بالخيار بين ان تسلم النصف مع الحمل وبين ان تدفع اليه نصف القيمة
والوجه الثاني انه بمنزلة الجارية تحبل فيكون فيه زيادة من وجه ونقصان

من وجه وان ولدت في يد الزوج فالولد للمرأة وبه قال ابو حنيفة يرجع في نصف
الولد وحكى في الحاوي عن مالك انه قال للزوج نصف الولد والكسب وسوى
فيه قبل القبض وبعده وذكر في التعجيز ثم قال فتصير نخلا فما انه نقص
محض وهي المتناهية في الطول والكبر فان رضي الزوج باخذ نقصها
فهل تجبر المرأة على بذله فيه وجهان فان زرعت الارض وطلقها فهل
يكون ذلك نقصا في الاصل فيه وجهان اظهرهما انه ليس بنقص وهو
اختيار المزني فان بادرت فقطعت الزرع فهل للزوج ان يرجع في نصف
الارض فيه وجهان فان اصدقها عبدا فدبرته ثم طلقها قبل الدخول
فقد روى المزني انه يرجع في نصفه فمن اصحابنا من قال يرجع في نصفه قولا
واحدا ومنهم من قال لا يرجع ومنهم من قال فيه قولان بناء على ان التدبير
وصية او عتق بصفة فاذا قلنا يثبت له الرجوع في نصفه فهل يثبت
له الخيار فيه وجهان احدهما انه يثبت له الخيار لانه لا يامن ان يرفع
المدبر امره الى حاكم يرى لزوم التدبير فيبطل حقه فان تزوج امرأة
ودخل بها ثم خالعها ثم تزوجها في العدة ثم طلقها قبل الدخول بها وجب
عليه نصف المهر في النكاح الثاني وبه قال احمد وقال ابو حنيفة تجب
عليه جميع المهر المسمى فيه فان اصدقها جارية حائلا وطلقها بعد الدخول
وهي حامل فالحمل زيادة من وجه ونقصان من وجه فهي مخيرة بين ان تاخذها
بحالها وبين ان تبيع وبماذا ترجع على قولين احدهما انها ترجع بقيمتها الحمل والولادة
ان كانت قد ولدت والثاني انها ترجع بمهر المثل وان كان قد اصدقها جارية

حاملا فطلقها قبل الدخول وقد وضعت فان قلنا لا حكم للحمل فالولد جميعه
لها وهل يكون مستهلكا في حق الزوج فيه وجهان احدهما انه يكون مستهلكا
في حقه وان كانت زائدة في حال حمله والثاني انه لا يستهلك حقه من الزيادة
بحملها فيعتبر ما بين قيمتها حاملا حال العقد وحائلا فما كان بينهما من فضل يرجع
الزوج بنصفه على الزوجة مع نصف الام وصار جميع الولد مع نصف الام
للزوجة على دفع ذلك ويقال لها ان دفعت الى الزوج نصف قيمة الام اقر
بالولد والام على ملكك وان امتنعت لم تجبر وبيعا جميعا عليك ودفع
الى الزوج من الثمن النصف مما قابل قيمة الام فكان الباقي لك وان قلنا للحمل
حكم فيكون الحمل والام جميعا صداقا ولكن الحمل قد زاد بالولادة على
ملكها فلا يلزمها بذل الولد لحدوث الزيادة فان بذلت له نصف الام
مع نصف الولد اجبر على قبوله في اصح الوجهين فان امتنعت رجع في نصف
الام وفي كيفية ما يرجع به من قيمة نصف الحمل وجهان احدهما انه يرجع بنصف
ما بين قيمة امه حائلا ولا يقوم وقت الولادة لزيادته والثاني انه يقوم
الولد وقت الولادة ويرجع الزوج بنصف قيمته فان بذلت له نصف الولد
ففي اجباره على قبوله وجهان احدهما انه يجبر والثاني انه لا يجبر عليه

فصل وان كان الصداق عينا فوهبته من الزوج
ثم طلقها قبل الدخول ففيه قولان احدهما انه لا يرجع عليها بشيء وهو اختيار
المزني وقول مالك واحمد في احدى الروايتين عنه والثاني وهو الاصح انه
يرجع عليها بنصف قيمته وان كان الصداق دينا فابرأته منه ثم طلقها فان

قلنا انه في العين لا يرجع عليها بشيء ففي الدين اولى وان قلنا في العين يرجع ففي
الدين وجهان وان ارتدت قبل الدخول بعد ما وهبت منه الصداق فهل
يرجع به عليها على القولين وان اشترى سلعة بثمن وسلم الثمن ووهب البائع
الثمن منه ثم وجد بالسلعة عيبا ففي ردها والرجوع بالثمن وجهان بناء على
القولين وان وجد به عيبا وقد حدث عنده عيب وقد وهب الثمن له فهل
يرجع بالارش فيه وجهان على القولين فان اشترى سلعة ووهبها من البائع
ثم افلس المشتري فللبائع الضرب مع الغرماء قولا واحدا وقال ابو حنيفة في
العين اذا وهبتها منه لا يرجع الا ان يكون قد زادت او نقصت قبل الهبة فيرجع
لان حقه انتقل الى القيمة وقال في الدين ان ابراته منه لم يرجع وان قبضته ثم
وهبت ثم طلقها رجع عليها وقال زفر لا يرجع في جميع ذلك لان عنده الدراهم
والدنانير تتعين بالتعيين فاما اذا اصدقها عينا فوهبت منه نصفها ثم طلقها
قبل الدخول فان قلنا اذا وهبته الجميع يرجع ففي النصف اولى وفي كيفية
الرجوع ثلثة اقوال احدها انه يرجع بالنصف الاخر بعينه والثاني انه يرجع
في نصف النصف الباقي وقيمة نصف الموهوب والثالث انه بالخيار بين
ان يرجع في نصف النصف ونصف قيمة النصف الاخر وبين ان يرجع في
نصف قيمة العين ومثل هذه الاقوال فيه اذا اخرجت الزكوة من الصداق
وان قلنا ان الهبة في الجميع الباقي وهو قول ابي يوسف ومحمد والمزني
فان خالعها قبل الدخول على نصف مهرها وكان عينا وقلنا ان الزوج
يملك النصف بنفس الطلاق قبل الدخول لم يصح الخلع على نصف المسمى وهل

يصح في الباقي يبنى على تفريق الصفقة وما فسد منه هل يرجع ببدله او بمهر
المثل على القولين في الصداق وان قلنا انه ملك ان يملك بالطلاق اذا اختار
التملك فالخلع صحيح على جميع المسمى وله ان يرجع وفي كيفية الرجوع ما
قدمناه من الاقوال والشافعي رحمه الله قال في الكتاب فما بقي فعليه
نصفه واختلف اصحابنا في ذلك فحكي عن ابن خيران انه قال اراد اذا خالعها
على نصف الصداق المسمى كان كان الصداق الفا فخالعها على خمسمائة منه
يعلمان ان الخلع من الخمسمائة على نصفها فيقع الخلع على مائتين وخمسين وسقط
مائتان وخمسون ويبقى الباقي بينهما نصفين ومن اصحابنا من قال اراد الشافعي
بذلك اذا قالت خالعتك على ما يخصني من خمسمائة فرجح هذا القائل
بما ذكره ابن خيران ومن اصحابنا من قال اراد الشافعي ان العقد صحيح بخمس
مائة فاما بعد نصفه اذا تم الخلع فيكون بمنزلة من خالع على عين فهلك
نصفها بعد الخلع وقبل القبض والقاضي ابو الطيب قال انما ذكر
الشافعي رحمه الله هذا على القول الذي يقول ان الزوج يقف ملكه على اختيار
التملك قال اصحابنا فاذا اراد الخلاص من هذا خالعته على خمس مائة
مطلقة فيصح الخلع ويسقط عنه من الصداق خمسمائة ويبقى لها خمسمائة
فيتقاصان وذكر في الحاوي طريقة اخرى في الخلاص وهي ان تخالعه
على ما يسلم لها من الصداق وهو النصف فيكون هو المعقود عليه فان طلقت
المراة قبل الدخول فوجب لها نصف المهر جاز الذي بيده عقدة النكاح ان
يعفوا عن نصف المهر وفي الذي بيده عقدة النكاح قولان قال في القديم

هو الولي فيعفوا عن النصف الذي للمراة اذا كانت بكراً صغيرة او مجنونة
بعد الطلاق وقبل الدخول ويكون الولي ابا او جدا وهو قول مالك واحمد وقال
في الجديد الذي بيده عقدة النكاح هو الزوج فيعفوا عن حقه من النصف الذي
رجع اليه بالطلاق وهو الصحيح وهو قول ابي حنيفة اذا فوضت المراة
الرشيدة بضعها فرضيت بغير مهر او سكتت عن ذكر المهر ففي وجوب
المهر لها بالعقد قولان اصحهما انه لا يجب لها مهر واذا طلقها قبل الدخول
وجبت لها المتعة وان دخل بها وجب لها مهر المثل ومن اصحابنا من خرج انه لا
يجب لها شي بالدخول ايضا وذكر في الحاوي فيه اذا سكتت عن ذكر
المهر هل يكون تفويضا وجهين احدهما انه ليس بنكاح تفويض فيجب المهر
ويثبت العقد والثاني انه نكاح تفويض وهل تجب المتعة بنفس العقد بالطلاق
او بالطلاق فيه وجهان اصحهما انها تجب بالطلاق وقال ابو حنيفة واحمد تجب لها
المهر بالعقد وان طلقها قبل الدخول وجب لها المتعة وسقط المهر وقال مالك
وابن ابي ليلى المتعة مستحبة فان تزوجها على ان لا مهر لها في الحال ولا في الثاني
صح النكاح في اصح الوجهين والثاني انه يبطل ومتى فرض لها مهر المثل او ما يتفقان
عليه بحكمه حكم المسمى في العقد في الاستقرار بالموت والدخول والتنصف بالطلاق
قبل الدخول وبه قال مالك وقال ابو حنيفة يسقط المهر وتجب لها المتعة فان
لم يفرض لها مهر حتى مات عنها قبل الدخول ففيه قولان احدهما انه تجب عليه
المهر وهو قول ابي حنيفة والثاني انه لا تجب وهو قول مالك فان تزوج ذمي ذمية
على ان لا مهر لها وجب لها بالدخول مهر المثل وقال ابو حنيفة لا تجب لها مهر وعنه

رواية اخرى انها اذا سكتت عن المهر وجب لها مهر المثل فان تزوج ذمي ذمية
وسمى لها خمرا او خنزيرا ثم اسلما قبل التقابض فلها مهر مثلها وبه قال ابو يوسف
وقال ابو حنيفة ان كان معينا فليس لها الا ذلك وان لم يكن معينا فلها في الخمر
القيمة وفي الخنزير مهر المثل استحسانا وقال محمد لها قيمة ذلك في الوجهين
والمفوضة عندنا المطالبة بالفرض لانها بالعقد لكن ملكت ان يملك مهرا وفي
قدر ما تملكه قولان قال في القديم مهر مطلق لا يتقدر بمهر المثل وقال في
الجديد يتقدر بمهر المثل وهل يعتبر مهر مثلها وقت العقد او وقت الفرض
قال ابو العباس بن سريج يعتبر مهر مثلها وقت العقد وقال ابن خيران يعتبر
وقت الفرض ويعتبر مهر مثلها بنسا عصباتها الاقرب منهن فمن هو في مثل حالها
في عقلها ودينها وجمالها ونسبها وبكارتها وثيوبتها وعفتها ويسارها وقال
ابن ابي ليلى تعتبر بامها وخالاتها وقال مالك يعتبر بمن هي في مثل حالها
في جمالها ومالها وشرفها من سائر النسا فان عدم العصبات اعتبر باقرب
النسا اليها من الامهات والخالات فان لم يكن لها اقارب اعتبر بنسا بلدها
فان اجتمع اخوات لاب وام واخوات لاب ففيه وجهان احدهما انهما سوا
والثاني تعتبر بالاخوات من الاب والام فان عدم نسا العصبات المولي المعتق
وجهان فان اجتمع جدتان ام ام وام اب ففيه ثلثة اوجه احدها انه يعتبر
بام الاب والثاني بام الام والثالث انهما سوا فان تزوج امراة واصدقها
ان يعتق عبده سالما عنها صح الصداق ويلزمه عتقه عنها فان طلقها قبل الدخول
وقبل عتقه عنها ففيه وجهان احدهما انه يعتق عنها نصفه ويقوم عليها النصف

الاخر اذا كانت موسرة والثاني انه لا يعتق عنها شيئا فان زوج عبده امة غيره
وجعل رقبته صداقا لها ثم طلقها الزوج قبل الدخول ففيه وجهان احدهما
ان نصفه يرجع على السيد المزوج والثاني انه لا يرجع اليه شي فان اعسر الزوج
بالمهر ففيه طريقان احدهما انه كان قبل الدخول ثبت به الفسخ وبعده لا يثبت
وهو قول ابي اسحق وابي علي بن ابي هريرة ومنهم من قال ان كان قبل الدخول
ثبت الفسخ وبعده قولان اصحهما انه يثبت ومن اصحابنا من قال لا يثبت به
الفسخ قبل الدخول ولا بعده فان قلنا يثبت الفسخ فحاكمته قبل الدخول
فهل يثبت لها الخيار فيه وجهان وقال ابو حنيفة لا يثبت الفسخ بذلك
اذا زوج الاب ابنه الصغير ولا مال له ففيه قولان قال في القديم يضمن الاب
المهر وحكي في الحاوي وجها اخر انه يلزم الاب المهر التزام تحمل فيكون
الابن منه بريا وقال في الجديد وهو الاصح انه يجب على الابن دون الاب

فصل فان تزوج العبد المأذون له في التجارة
باذن مولاه ولا كسب له فقد قال الشافعي رحمه الله يتعلق مهرها ونفقتها
بما في يده فمن اصحابنا من قال بظاهره ومنهم من قال يتعلق بما يحصل من فضل المال
الذي في يده وحكي فيه وجه اخر انه يعطي من الربح الحاصل في يده بمال التجارة
سوا كان قد استفاده قبل النكاح او بعده فان كان العبد مكتسبا وجب
ذلك في كسبه فان حبسه المولى ولم يستخدمه زمان كسبه غرم للمراة
المهر والنفقة وذكر في الحاوي انه ما يضمن فيه وجهان احدهما انه يلزمه
اقل الامرين من اجرة مثله ما استوفي من منفعته او قدر المهر والنفقة والثاني

وهو الاصح انه يضمن جميع المهر والنفقة وذكر القاضي حسين رحمه الله انه اذا
اراد العبد ان يكري نفسه فهل له ذلك لتحصيل المهر فلا يمنعه شي على ان ذلك
يلزم المولى وحكي قولا عن الشافعي رحمه الله في القديم ان ذلك يلزم المولى وليس بصحيح
وان لم يكن العبد ماذونا في التجارة ولا مكتسبا ففيه قولان احدهما انه
يتعلق بذمته فيثبت للمراة الخيار والثاني انه يجب على المولى وان تزوج العبد
بغير اذن المولى ووطي ففيه قولان قال في القديم يتعلق برقبته وقال
في الجديد يتعلق بذمته وان اذن له المولى في النكاح فتزوج نكاحا فاسدا
ووطي فيه ففيه قولان احدهما ان اذنه يتضمن الصحيح والفاسد فيكون
على ما ذكرناه في الماذون فيه والثاني وهو الاصح ان اذنه لا يتضمن الفاسد فيكون
بمنزلة ما لو تزوج بغير اذنه فان زوج السيد امته من عبده صح ولم يجب له
مهر وحكي عن اصحاب ابي حنيفة انه يجب المهر ثم يسقط وذكر القاضي حسين
رحمه الله وجها لبعض اصحابنا

باب اختلاف الزوجين

اذا اختلف الزوجان في قدر المهر او في جنسه ولا بينة تحالفا فاذا تحالفا
وجب مهر المثل وبه قال الثوري وقال مالك ان كان الاختلاف قبل الدخول
تحالفا وفسخ النكاح وان كان بعد الدخول فالقول قول الزوج وقال ابو حنيفة
ومحمد القول قول من وافق قوله مهر المثل وقال ابو يوسف القول قول الزوج
الا ان يدعي مستنكرا وهو ان يدعي مهرا لا يتزوج بمثله في العادة وروي هذا
عن احمد وعنه رواية اخرى نحو قول ابي حنيفة الا انه قال اذا ادعى الزوج دون
المثل وادعت هي اكثر من مهر المثل وجب مهر المثل ولم يتحالفا

قال ابن ابي ليلي وابن شبرمة القول قول الزوج واذا تحالفا عند الم ينفسخ النكاح
ووجب مهر المثل وقال ابو علي بن خيران زاد مهر المثل علي ما تدعيه المراة تجب
الزيادة وان اختلف الزوج وولي الصغيرة في قدر المهر ففيه وجهان اصحهما
ان الولي يحلف والثاني انه لا يحلف فان كانت المراة بالغة بما قله فانها تحلف
وذكر القاضي ابو الطيب ان ولي البكر البالغة كولي الصغيرة قال الشيخ
ابو نصر رحمه الله والاول اقيس وقد حكي ابو علي ابن ابي هريرة في وكيل البايع مع
المشتري هل يحلف وجهين فان اختلف ورثة الزوجين تحالفوه وقال ابو
حنيفة اذا ماتا جميعا فالقول قول ورثة الزوج فان ادعي ورثة المراة التسمية
وانكر ورثة الزوج التسمية جملة لم يحكم عليهم بشي وقال محمد يحكم بمهر المثل
وقال زفر يحكم بعشرة دراهم قال اصحاب ابي حنيفة انما لا يقضي بشي اذا
تقادم العهد فان تزوج رجل امراة علي الف علي ان لابيها الفا فالصداق فاسد
وقال قتادة الصداق صحيح والشرط لازم وقال مالك الشرط باطل في حق
الاب ويصير الالفان جميعا صداقا للمراة ذكر الشافعي رحمه الله انه يبدا بيمين
الزوج وقال في البيع يبدا بيمين البايع كالزوجة في النكاح وقال في اختلاف الدعوي
والبينات يبدا بايهما شا فمن اصحابنا من قال في الجميع ثلثة اقوال احدها انه يبدا بيمين
المراة والثاني بيمين الزوج والثالث بالخيار بينهما وفيه طريقة ثانية للقاضي
ابي حامد المروروذي ان المسلة علي قولين وفيه طريقة ثالثة طريقة ابي اسحق
انه يبدا في البيع بالبايع وفي النكاح بالزوج فان كان الصداق تعليم سورة من القران
فادعي الزوج انه علمها وانكرته المراة وكانت تحفظها ففيه وجهان احدهما

ان القول قولها والثاني ان القول قوله فان اختلفا في الوطي فادعته المراة وانكر الزوج
واتت بولد يلحقه نسبه ففي تقرير المهر قولان فان ادعي الزوج قبض المهر وانكرته
المراة فالقول قولها مع يمينها وبه قال ابو حنيفة واحمد وحكي عن الفقها السبعة
ان كانت قبل الزفاف فالقول قولها وان كان بعده فالقول قول الزوج وبه قال
مالك وقال اصحابه انما قال ذلك اذا كانت العادة تعجيل الصداق كما كان بالمدينة
او كان الاختلاف فيما تعجل منه وحكي عن ابن شبرمة انه قال اذا ولدت منه كان
القول قوله وان قالت ان الذي قبضته هدية وقال بل مهر فالقول قوله
وحكي عن مالك انه قال ان كان ما جرت العادة ان يهديه الزوج للزوجة
كالثوب والمقنعة والطيب والحلي فالقول قولها ولا يجوز للاب قبض صداق
البكر البالغة بغير اذنها وقيل فيه قول اخر انه يجوز وقال ابو حنيفة
يملك قبض صداقها ما لم تنهه فان زني بامة غيره وهي مطاوعة لم يجب
المهر علي المنصوص وقيل يجب المهر وليس بصحيح وان وطي المرتهن الجارية
المرهونة باذن الراهن جاهلا بالتحريم ففيه قولان احدهما انه لا يجب المهر
والثاني انه يجب وهو قول ابي حنيفة فان اتت بولد من هذا الوطي ففي
وجوب قيمته طريقان احدهما فيه قولان الثاني قال ابو اسحق تجب قيمته
يوم سقط قولا واحدا والاول اظهر

باب المتعة

تجب المتعة للمفوضة اذا طلقت قبل الدخول وهل تجب بالعقد او بالطلاق
فيه قولان قال في القديم تجب بالعقد وقال في الجديد تجب بالطلاق فاما
المطلقة بعد الدخول ففيها قولان قال في القديم لا تجب لها المتعة وهو قول

ابي حنيفة واحدى الروايتين عن احمد وقال به الجديد تجب وهي الرواية الاخرى عن احمد
فان كانت الزوجة امة فاشتراها الزوج فمن اصحابنا من قال هي على القولين وقال
ابو اسحق ان كان مولاها قد طلب البيع لم تجب وان كان الزوج قد طلب وجبت
وتجب المتعة على كل زوج حر وعبد وحكي عن الاوزاعي انه قال اذا كان
الزوجان رقيقين او احدهما فلا متعة فان اشترت المراة زوجها قبل الدخول
سقط مهرها وفيه قول اخر انه لا يسقط وقال ابو حنيفة ينتقل مهرها
الى ثمنه وان اشترته بعد الدخول وصداقها عليه الف انفسخ النكاح
وهل يسقط مهرها بملكها له فيه وجهان بناء على الوجهين في السيد
يملك عبده وله في ذمته دين فالمستحب ان تكون المتعة خادما او مقنعة
او ثلثين درهما وفي الواجب وجهان احدهما ما يقع عليه اسم المال والمذهب انه
يقدرها الحاكم بما يؤديه اجتهاده وهل يعتبر بالزوج او بالزوجة فيه وجهان
احدهما بالزوج والثاني بالزوجة وقيل يعتبر بحال الزوج في يساره واعساره
وبحالها وفيما يعتبر به من حالها وجهان احدهما يعتبر سنها ونسبها وجمالها
والثاني انه يعتبر حال قماشها وجهازها وقال ابو حنيفة المتعة ثلثة اثواب
درع وخمار وملحفة الا ان يكون نصف مهر مثلها اقل من ذلك فينقصها ما لم ينقص
عن خمسة دراهم وقال احمد في احد الروايتين يتقدر بما تجزي فيه الصلوة والرواية
الثانية انها الى تقدير الحاكم فان طلقها بعد ما فرض لها قبل الدخول وجب لها
نصف المفروض وبه قال احمد وقال ابو حنيفة يسقط وتجب المتعة ۝

باب الوليمة والنثر

الوليمة
كل طعام يتخذ لحادث سرور وهو في طعام العرس اظهر وفي وجوب وليمة
العرس وجهان ظاهر النص وجوبها والثاني انها تستحب وذكر فيها وجه
ثالث انها فرض على الكفاية اذا اظهرها الواحد في عشيرته او قبيلته سقط
الفرض عن الباقين بشي وما عدا وليمة العرس من الولائم مستحب ويسن اظهارها
وقال احمد لا يستحب غير وليمة العرس وتجب الاجابة الى الوليمة على ظاهر كلام
الشافعي رحمه الله ومن اصحابنا من قال انها فرض على الكفاية وحكي عن مالك
واحمد انهما قالا الاجابة مستحبة فان دعي مسلم الى وليمة ذمي ففيه
وجهان احدهما انه تجب عليه الاجابة والثاني انه لا تجب فان حضر الوليمة
فهل يلزمه الاكل فيه وجهان ويكره النثار والتقاطه وهو
قول مالك واحدى الروايتين عن احمد وقال ابو حنيفة لا يكره وبه قال
النخعي والحسن البصري وحكي عن الداركي انه قال اذا التقط النثار فهل للذي
نثره ان يسترجعه من الاخذ له فيه وجهان احدهما ان له ذلك والثاني ليس له وحكي
عن ابي حنيفة انه قال النثار مستحب وحكي في زوال ملكه عما نثره بالنثار
وجهان احدهما انه يزول ملكه به والثاني انه باق على ملكه حتى يلتقطه
انسان فيملكه وفي التقاط النثار وجهان احدهما انه مكروه والثاني انه
لا يكره اذا كان مدعوا اذا دعي الى وليمة فيها منكر لا يقدر على
ازالته لم تجز له الحضور وحكي فيه وجه اخر انه يجوز وليس بشي بصحيح واتخاذ
صور الحيوان حرام وحكي عن ابي سعيد الاصطخري انه قال انما كان هذا
التحريم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم لقرب عهدهم بعبادة الاصنام

ومشهاتهم لعبادتها فلما استقر التحريم وظهر ذلك سقط والاول اصح وحكي في
الستور عليها صور الحيوان ان استعمالها لزينة ومنفعة وحكي عن الشيخ
ابي حامد الاسفرايني انها ان استعملت لزينة حرام وان كان لمنفعة
كستر باب لم يحرم وذكر انه ان كان صورة حيوان لم يشاهد مثله
لصورة انسان له جناح طير لزينة ففي تحريمه وجهان احدهما يحرم
والثاني وهو قول القاضي ابي حامد المروزي رحمه الله انه لا يحرم

باب عشرة النسا

اذا كانت الحرة ممن تجامع مثلها وجب تسليمها الى الزوج ليلا ونهارا
وله ان يطالب بتسليمها فان سالت الامهال امهلت ثلثة ايام في احد القولين
وفي الثاني لا تمهل وذكر الشيخ ابو حامد رحمه الله انها تمهل قولا واحدا
والاول اصح واما الامة فيجب تسليمها بالليل دون النهار وقال ابو اسحق
ان كان بيدها صنعة تعملها في بيت الزوج كالغزل والنسج وجب تسليمها
بالليل والنهار والمذهب الاول ويجوز للمولى بيعها ولا يكون بيعها طلاقا
وحكي عن عبد الله بن عباس رضي الله عنه انه قال بيعها طلاقها وله ان يجبر
امراته على الغسل من الحيض والنفاس وان كانت ذمية وقال ابو حنيفة
ليس له ان يجبر زوجته الذمية على الغسل وهل يملك ان يجبر زوجته الذمية
على الغسل وهل يملك ان يجبر زوجته على الغسل من الجنابة فيه قولان
احدهما له ذلك والثاني ليس له وفي اجباره لها على التنظيف والاستحداد وجهان
وهل له منعها من اكل ما يتاذى برائحته فيه وجهان احدهما له ذلك

والثاني ليس له فان كانت زوجته ذمية فهل له منعها من اكل لحم الخنزير
ويشرب القليل من الخمر فيه ثلثة اوجه احدها له منعها والثاني ليس له والثالث
يمنعها من شرب القليل من الخمر ولا يمنعها من لحم الخنزير ويجبرها على غسل
يدها وفيهما منه وجها واحدا واما النبيذ في حق المسلمة اذا كانت حنفية ففي
منعها من القدر الذي لا يسكر القولان ومن اصحابنا من قال تمنع النصرانية
واكل لحم الخنزير قولا واحدا ويحرم الوطي في الدبر وحكي عن مالك اباحة
ذلك حكاه اهل المغرب عنه انه ذكره في كتاب السر وحكاه في
الحاوي عن ابن ابي مليكة وزيد بن اسلم ويكره العزل ولا يحرم في الزوجة المملوكة
وفي الحرة اذا رضيت به وان لم تاذن فيه ففيه وجهان احدهما انه يحرم
والثاني لا يحرم فان سافرت المراة باذن زوجها في حاجة نفسها فهل
يسقط قسمها فيه قولان فان كان تحته حرة وامة قسم للحرة ليلتين وللامة
ليلة وبه قال ابو حنيفة واحمد وقال مالك في احدى الروايتين عنه انهما سوا
في القسم ولا يجوز ان يخرج في ليلة صاحبة القسم ويدخل على غيرها من غير ضرورة
فان دخل على غيرها في ليلتها ووطيها ففيه ثلثة اوجه احدها انه يلزمه
القضا لها بليلة والثاني انه يدخل عليها في ليلة الموطوءة فيطاها والثالث
انه لا يقضيها شي فان خرج في ليلتها الضرورة بان اكرهه سلطان على الخروج
ظلما فهل يجب عليه القضا فيه وجهان احدهما عليه القضا والثاني لا قضا عليه
ويجوز ان يخرج بالنهار الى غيرها لزيادة او لحاجة ولا يطيل فان اطال
لزمه القضا فان دخل اليها بالنهار فوطيها وانصرف ففيه وجهان احدهما

انه يلزمه ان يخرج في نهار الموطوة فيطأ التي خرج في يومها والثاني انه لا يلزمه
شي وان دخل اليها لحاجة فهل يجوز ان يقبلها فيه وجهان اصحهما انه يجوز
فان تزوج امراة وعنده امراتان قطع الدور للجديدة حق العقد فان كانت
بكرا اقام عندها سبعا من غير قضا وان كانت ثيبا فان شا اقام عندها
ثلثا من غير قضا وان شا اقام عندها سبعا مع القضا وفيما يقضي وجهان
احدهما انه يقضي جميعا وهو ظاهر السنة والثاني انه يقضي ما زاد على الثلث
وبقولنا قال مالك واحمد وابو عبيد وقال ابو حنيفة يقضي البواقي
ما اقام عند الجديدة بكل حال فان تزوج العبد امة وعنده امراة
قسم للجديدة حق العقد وفي قدره وجهان قال ابو علي بن ابي هريرة هي
من النصف من الحرة كالقسم الدايم وقال ابو اسحق هي كالحرة فيه وفيه
وجه اخر للبكر اربع وللثيب ليلتان فان عنده امراتان يقسم لهما ثم
تزوج جديدة في اثنا ليلة احديهما فيه وجهان احدهما انه يقطع الليلة
عليها ويقسم للجديدة والثاني انه يكمل الليلة فان اراد السفر
بواحدة من نسايه لم يجز له الا بقرعة لم يقض للبواقي مدة السفر
وقال داود يقضي وهل يقضي ما مضى في السفر القصير فيه وجهان اصحهما
انه لا يقضي فان زفت اليه امراتان في ليلة واحدة فان اراد ان يسافر باحديهما
اقرع بينهما فاذا خرجت القرعة على احديهما سافر بها ودخل قسم العقد
في السفر فاذا قدم فهل يقضي للجديدة الاخرى قسم العقد فيه وجهان اصحهما
انه يقضي فان سافر بواحدة من نسايه من غير قرعة قضى للبواقي وبه

وبه قال احمد وقال ابو حنيفة ومالك لا يقضي وان عزم على اقامة اربعة ايام في بلد
في طريقه فهل يلزمه قضا هذه المدة التي اقامها فيه وجهان فيجوز ان
تهب ليلتها لبعض ضرايرها برضى الزوج ومتى يقسم تلك الليلة الموهوبة
لها فيه وجهان احدهما انها تضم الى ليلتها والثاني انها تكون في الليلة التي كانت
للواهبة وهو الاصح

فصل

اذا تكرر من المراة النشوز
كان للزوج ضربها وان وجد منها النشوز مرة واحدة ففيه قولان اصحهما
انه يجوز ان يهجرها ويضربها والثاني انه يهجرها ولا يضربها وحكي في الحاوي
ترتيب المذهب في ذلك انه ان اخاف النشوز وعظها وهل يجوز له ان يهجرها
فيه وجهان واذا ظهر منها النشوز فله ان يعظها ويهجرها وهل له ان يضربها
فيه قولان وان اقامت على النشوز وعظها وهجرانها وضربها قال الشافعي رحمه الله
ولا يبلغ بالضرب الحد فمن اصحابنا من قال يكون دون الاربعين ومنهم من قال لا يبلغ به
العشرين اذا جرى بين الزوجين شقاق وتظلم كل واحد منهما من صاحبه
واشتبه الظالم منهما فان الحاكم يبعث حكما من اهله وحكما من اهلها ليفعلا
ما فيه المصلحة وهل هما حاكمان او وكيلان فيه قولان احدهما انهما وكيلان
فيقف ما يفعلان على رضى الزوجين وبه قال ابو حنيفة واحمد والثاني انهما حاكمان
وبه قال مالك والاوزاعي واختاره ابن المنذر

كتاب الخلع

اذا كرهت المراة زوجها لقبح منظر او سوء عشرة جاز لها ان تخلعه على وجه
عن بكر بن عبد الله المزني انه قال الخلع منسوخ وليس بشي وان لم تكره
من زوجها شيا فتراضيا على الخلع من غير سبب جاز ولم يكره وحكي عن الزهري وعطا

داود ان الخلع لا يصح في هذه الحال فان زنت امرأته فمنعها حقها لتخالعه
فخالعته فهل يصح فيه قولان اصحهما انه لا يجوز وذكر في الحاوي انه
اذا اعطاها ما في القسم لتفتدي نفسها فان قام بنفقتها فخالعته ففي صحة خلعه قولان
وان منعها نفقتها لم يصح خلعها قولا واحدا ولا يجوز ان يخالع بنته الصغيرة
من زوجها بشيء من مالها بحال ومن اصحابنا من قال يجوز اذا قلنا ان الذي بيده عقدة
النكاح هو الولي فيجوز ان يخالعه على نصف مهرها وليس بصحيح وبه قال
مالك ولا يملك ان يخلع زوجته ابنه الصغيرة وقال مالك يجوز ذلك
وقال الحسن وعطا واحمد يجوز ان يطلقها وان كان بغير عوض ويصح
الخلع مع غير الزوجة بان يقول رجل للزوج طلق امرأتك بالف وقال
ابو ثور لا يصح وقد خرجه بعض اصحابنا وجها في خلع الاجنبي ويصح الخلع
بلفظ الطلاق والخلع فان خالعها بصريح الخلع ولم ينو به الطلاق ففيه
ثلثة اقوال احدها انه طلاق وهو اختيار المزني وهو قول ابي حنيفة ومالك
والثوري والثاني انه فسخ وهو قول احمد وابي ثور واختاره ابن المنذر والثالث
انه لا يكون شيا فان قلنا ان الخلع فسخ فصريحه المفاداة والخلع وهل يصح الفسخ
بالكنايات كالمباراة والتحريم فيه وجهان احدهما يصح فعلى هذا لا ينفسخ
النكاح حتى ينويا الفسخ وفي لفظ الفسخ وجهان احدهما انه كناية والثاني
انه صريح فان خلع بصريح لفظ الخلع ونوى به الطلاق وقلنا بقوله القديم ان
الخلع فسخ ففيه وجهان احدهما انه طلاق والثاني انه فسخ ويملك الخالع
الى تقديرها وحكي عن طاوس وعطا والزهري انهم قالوا لا يجوز ان ياخذ

منها اكثر مما اعطاها ذكره ذلك احمد واسحق وقال يخالع الامام يجوز الخلع بسلطان
وغير سلطان وحكي عن الحسن البصري وابن سيرين انهما قالا لا يجوز الا بحضرة
سلطان ولا يثبت الرجعة في الخلع سوا قلنا انه فسخ او طلاق وحكي عن سعيد
بن المسيب والزهري انهما قالا الزوج بالخيار بين ان يمسك العوض ولا رجعة
له وبين ان يرده وله الرجعة قال ابو ثور ان كان الخلع بلفظ الطلاق ثبت فيه
الرجعة فان خالعته بعوض على ازالة الرجعة فقد نقل المزني والربيع ان
الطلاق واقع والرجعة ثابتة والعوض مردود عليها وقال المزني رحمه
الله الذي يقتضيه مذهبه ان يكون الطلاق واقعا فلا رجعة له وعليها مهر
المثل قال المزني ومن قوله لو خالعها على ما بيننا على انها متى طلبته فهي لها وله
الرجعة عليها ان الخلع ثابت والمال والشرط باطلان وعليها مهر مثلها واختلف
اصحابنا في هذه المسئلة فمنهم من قال لا فرق بين المسئلتين وخرجهما على
قولين ومنهم من فصل بينهما وقال ابو حنيفة واحمد الصلح صحيح بالمسمى
ولا يثبت الرجعة له وعن مالك روايتان احدهما مثل ذلك والثانية ان الرجعة
تثبت والعوض يثبت ويكون عوضا عن نقصان عدد الطلاق فان قال اذا ضمنت
لي الفا فانت طالق فقد ذكر جماعة من اصحابنا انه بمنزلة قوله ان ضمنت لي
فيقتضي الفور والرجوع فيه القبول قال الشيخ الامام ابو اسحق رحمه الله وعندي انه
بمنزلة قوله متى واي وقت وقال احمد ان واذا على التراخي فان خالعها على ان تكفل
ولده عشر سنين وبين مدة الرضاع قدر النفقة وصفتها فالمنصوص انه صحيح فمن
اصحابنا من قال فيه قولان كالصفقة اذا جمعت بيعا واجارة ومنهم من قال يصح

قولا واحدا فاذا انقضت المدة فله ان ياخذ الطعام والادام وينفقه على ولده فان
اذن لها في الانفاق عليه جاز لا يختلف اصحابنا قال الشيخ ابو نصر رحمه الله وقد حكينا
في الملتقط اذا اذن له الحاكم في اقراض اللقيط هل ينفق بنفسه فيه وجهان فلا
فرق بين المسئلتين فان مات الولد بعد الرضاع ففي النفقة وجهان احدهما انها
تحل والثاني لا تحل وان مات الولد في مدة الرضاع ففيه قولان احدهما
ان الرضاع يسقط فعلى هذا يرجع بمهر المثل على قوله القديم وعلى قوله الجديد
باجرة الرضاع والقول الثاني انه لا يسقط الرضاع وياتيها بولد اخر ترضعه
فعلى هذا ان لم ياتها بولد اخر حتى انقضت المدة ففيه وجهان احدهما انه لا يرجع
عليها والثاني انه يرجع عليها وبماذا يرجع على ما ذكرناه من القولين وعلى هذا لو خالعها
على خياطة ثوب فتلف الثوب فهل يسقط الخياطة على القولين وذكر في
الحاوي ان هذه المسئلة تبنى على ثلثة اصول في كل واحدة منها قولان احدهما
الصفقة اذا جمعت بيعا واجارة فيه قولان والثاني السلم في جنسين الى واحد فيه
قولان والثالث السلم الى اجلين فيه قولان فمن اصحابنا من خرج هذه المسئلة
على قولين وقال ابو اسحق والقاضي ابو حامد يصح الخلع قولا واحدا فان مات الولد بعد
مضي احد الحولين من الرضاع وقلنا لا ياتيها بولد اخر بطل الخلع في الحول الثاني وهل
يبطل في الحول الاول وفي الطعام الباقي فيه ثلثة مذاهب تخرج من الفساد الطاري و
هل يكون بمنزلة المقارن ثم على تفريق الصفقة فان قلنا انه لا ينفسخ فهل
يثبت له الخيار فيه ثلثة اوجه احدها انه لا خيار له والثاني ان له الخيار والثالث
ان الخلع لازم في الماضي وينفسخ في الطعام فان خالعها على عبد بعينه او ثوب

بعينه فقال ان اعطيتني هذا العبد فانت طالق فاعطته اياه وهي تملكه صح
الخلع فان وجدت به عيبا فرده رجع الى مهر المثل في قوله الجديد والى قيمته سليما في
قوله القديم وحكى الشيخ ابو نصر رحمه الله عن ابن ابي هريرة انه قال يجي على قوله القديم
ان لا يرده ويرجع بارش العيب وقال غيره من اصحابنا يرده وان اعطته العبد وهو مكاتب
او لم يكن لها فهل يقع الطلاق فيه وجهان حكى ابو علي بن ابي هريرة انه لا يقع وتشبه
الوجهان الوجهين فيما اذا وكله في شرا عبد بعينه فاشتراه فبان به عيب هل
له رده قبل استيذان الموكل فيه وجهان فان خالعها على عبد لها ابق ففي
صحة الخلع وجهان اصحهما انه لا يصح وان قال ان اعطيتني خمرا او خنزيرا او ميتة
فانت طالق فاعطته ذلك وجب عليها مهر المثل ووقع الطلاق باينا وقال
ابو حنيفة ومالك واحمد تبين بالطلاق ولا شي عليها وان قال خالعتك على ما في
هذه الجرة من الخل فاذا هو خمر او على العصير فبان هذا خمرا قال في الام لها
مهر مثلها قال اصحابنا ويجي على قوله القديم ان تجب لها بدله قال الشيخ ابو نصر رحمه
الله وفي ذلك نظر لان الخل مجهول وقال ابو حنيفة يرجع عليها بالمسمى وقال
ابو يوسف ومحمد يرجع عليها بمثله خلا وقال احمد يرجع عليها بقيمة الخل فان قال
خالعتك على ما في هذا البيت من المتاع وليس فيه شي وجب مهر المثل قولا واحدا وقال
ابو حنيفة واحمد يرجع بالمسمى فان خالعها على حمل بهيمة او جارية بانت ووجب
عليها مهر المثل قولا واحدا وقال ابو حنيفة اذا كان الحمل موجودا صح الخلع عليه وان لم يكن
معها حمل رجع عليها بما اخذت من المهر وان قال خالعتك بما في بطن هذه الجارية وكان
معها حمل فهو له وان لم يكن معها حمل فلا شي له وبه قال مالك وزاد مالك على

ابي حنيفة انه يجوز الخلع على ما تحمل الجارية والشجرة فان قال ان اعطيتني الفا فانت طالق
فاعطته الفين طلقت وحكي عن بعض اهل العراق انها اذا كانت مختلطة لم تطلق
وان قال ان اعطيتني الفا فانت طالق فاعطته ذلك وامكنه اخذها طلقت
وان لم ياخذها وهل يستحق الالف التي بذلتها فيه وجهان احدهما انه يستحقها
وليس لها ابدالها فان قال اذا جاء راس الشهر فانت طالق على الف فقبلته
وجهان احدهما انه يصح والثاني لا يصح فعلى هذا اذا وجد الشرط وقع الطلاق
ووجب مهر المثل ولا يلحق المختلعة طلاق وهو قول مالك واحمد وحكي عن الحسن
البصري انه قال ان طلقها في المجلس لحقها وان كان بعده لم يلحقها وقال ابو حنيفة
يلحقها الطلاق بالصريح ما دامت في العدة ولا يلحقها بالكناية مرسل الطلاق
وقال مالك ان طلقها عقيب خلعه متصلا بالخلع طلقت وان انفصل عنه
لم تطلق واذا وكلت المراة في الخلع فخالع وكيلها باكثر من مهر المثل لها لزمها
مهر المثل وان قدر العوض فخالع على اكثر منه ففيه قولان احدهما انه يلزمها
مهر المثل والثاني يلزمها اكثر الامرين من مهر المثل او القدر الذي قدرته وان
خالع الوكيل على خمر او خنزير وجب عليها مهر المثل قال المزني رحمه الله يجب ان لا
يقع الطلاق قال اصحابنا انما اراد الشافعي رحمه الله وكيل المراة اذا بذل الخمر
والخنزير ليطلق ما دفع للزوج الطلاق عليه وقع وحكي في الحاوي فيه وجهين
احدهما ان الطلاق لا يقع تغليبا لحكم الصفة وحكي على هذا في وجوب المهر وجهين
وهل يعتبر في وكيل المراة الرشد فيه وجهان فاما وكيل الزوج اذا
خالعها بدون مهر مثلها بانت ووجب له مهر المثل نص عليه في الاملاء وقال في الام

يكون موقوفا على اجازة الزوج فان اجازه جاز وبانت وان رده بطل وكانت الطلقة رجعية
وان قدر له العوض فخالع على ما دونه فقد قال الشافعي رحمه الله لا يقع واختلف اصحابنا
على طريقين احدهما ان المطلق والمقيد جميعا على ثلثة اقوال بنقل الجوابين احدهما ان الخلع
يفسد بمهر المثل والثاني ان الزوج يكون مخيرا والثالث ان الطلاق لا يقع ومنهم من فرق
بين المطلق والمقيد على ظاهر قوله والطريقة الاولة اصح واقيس الاقوال ان لا
يقع الطلاق وان خالعها الوكيل على خمر او خنزير لم يقع الطلاق فان خالع
وكيل المراة على الف في ذمته فهل تضمنها المراة فيه وجهان ذكرهما
ابو العباس بن سريج وان اطلق الوكيل فانه يضمن المسمى في ذمته في حق
الزوج وهل تكون المراة ضامنة له على الوجهين فان خالع الوكيل على اكثر
من مهر المثل على ان يكون ذلك في ذمة الزوجة فهل يغرم الزيادة على مهر
المثل فيه وجهان احدهما انه يجب عليه ضمانها وهو قول ابي العباس بن سريج
والثاني انه لا يضمنها وان خالعت المراة زوجها في مرضها بزيادة على مهر مثلها
اعتبرت الزيادة من ثلث التركة وقال ابو حنيفة يعتبر الجميع من ثلث
التركة وهو احدى الروايتين عن مالك والرواية الثانية انها اذا خالعت
بقدر ميراثه منها جاز وبه قال احمد فانه قال له اقل الامرين من المسمى او قدر
ميراثه منها فان خالعته في مرضها على عبد قيمته مائة ومهر مثلها خمسون
فقد تبرعت بنصفه فان خرج النصف من الثلث اخذ جميع العبد نصفه بمهر
المثل بالمحاباة ومن اصحابنا من قال هو بالخيار بين فسخ العقد في العبد والرجوع
بمهر المثل وبين اقراره فيه والاول اصح فان خالعها او بادرها على عوض سماه ثبت

المسمى ولم يسقط ما لكل واحد منهما على صاحبه من حق لم يتناوله الخلع من حقوق
النكاح وغيرها وبه قال محمد وقال أبو يوسف يسقط المهر إذا كان بلفظ الخلع
والمبارأة قبل الدخول فلا رجوع عليه بشيء وإن كانت قد قبضته لم يرجع عليها بشيء
وأما الديون التي ليست من حقوق الزوجية فعنه فيها روايتان فإن خالعها
على نفقة عدتها لم يثبت العوض ووجب مهر المثل وقال أبو حنيفة وأحمد
يجوز ذلك ومن أصحابنا من يقول يقع الخلع على النفقة ومنهم من يقول يقع على مثل
النفقة ويتقاصان

باب جامع الخلع

إذا قالت المرأة للزوج طلقني على ألف فقال خالعتك على ألف أو حرمتك على ألف
أو أبنتك على ألف ونوى الطلاق صح الخلع وقال أبو علي بن خيران لا يصح فإن
قالت خالعني على ألف فقال طلقتك على ألف وقلنا إن الخلع فسخ ففيه وجهان
أصحهما أنه يصح والثاني لا يصح فإن قالت طلقني ثلاثا ولك ألف فطلقها ثلاثا
استحق الألف وبه قال أبو يوسف ومحمد وأحمد وقال أبو حنيفة لا يستحق شيئا
لأنه لم يعلقه بالعوض وهذا باطل به إذا قال رد عبدي الآبق ولك درهم
وإن طلقها طلقة ونصفا ففيه وجهان أحدهما أنه يستحق ثلثي الألف
والثاني أنه يستحق نصف الألف وبه قال وقال أحمد لا يستحق عليها شيئا
وقال إن قالت طلقني ثلاثا بألف استحق ثلث الألف إذا طلقها طلقة فإن
قالت طلقني ثلاثا على ألف فطلقها طلقة لم يستحق عليها شيئا وإن بقيت
له عليها طلقة فقالت له طلقني ثلاثا ولك ألف فطلقها واحدة فالمنصوص
أنه يستحق الألف واختلف أصحابنا فقال أبو إسحاق وأبو العباس المسألة مفروضة

فيه إذا علمت أنه لم يبق له عليها إلا طلقة فيكون معنى قولها طلقني ثلاثا أي كملها
لي فأما إذا اعتقدت أنه يملك عليها ثلاث طلقات لم يستحق إلا ثلث الألف ومنهم
من قال يستحق إلا ثلث طلقات لم يستحق إلا ثلث الألف ومنهم من قال يستحق الألف
بكل حال واختاره القاضي أبو الطيب وقال المزني رحمه الله لا يستحق إلا
ثلث الألف علمت أو لم تعلم وقال ابن الحداد إذا قال أنت طالق طلقتين إحداهما
بألف فقبلت وقع عليها طلقتان وإن لم يقع عليها شيء قال الشيخ أبو نصر
رحمه الله وهو ليس بصحيح بل يقع الطلقة التي أوقعها بغير عوض فإن
قال لامرأتين له أنتما طالقتان إحداكما بألف ولم يقبلا لم تطلق واحدة منهما
وعلى ما ذكرناه تطلق إحداهما ويطالب بتعيينها فإن قالت له طلقني ثلاثا
بألف وقد بقي له عليها طلقة فقال أنت طالق طلقتين الأولة بألف والثانية
بغير شيء وقعت الأولة واستحق الألف ولم تقع الثانية وإن قال الأولة بغير شيء وقعت
ولم يستحق شيئا قال أبو العباس ولو قال إحداهما بألف لزمه الألف قال أبو عبد
الله الختن الأشبه على مذهبنا أن يرجع إلى بيانه فإن قال أردت الأولة استحق وإن قال
أردت الثانية لم يستحق قال القاضي أبو الطيب رحمه الله وهذا ليس بصحيح لأنه
ليس فيهما أولة ولا ثانية قال الشيخ أبو نصر رحمه الله العلة أنه أجابها إلى ما
سألت وزادها وإن قالت طلقني واحدة بألف في مقابلة واحدة والأخريان
أوقعهما بغير عوض قال أبو نصر رحمه الله وليس لهذا الخلاف فائدة وقال
محمد قياس قول أبي حنيفة أنه لا يستحق شيئا وإن قال طلقني عشرا بألف
فطلقها واحدة ففيه وجهان أحدهما أنه يجب له عشر الألف والثاني

انه يجب له ثلث الالف وان طلقها ثلثا فعلى الوجه الاول يستحق ثلثة اعشار الالف
وعلى الثاني يستحق الالف فان كان قد بقي له عليها طلقة فقالت طلقني ثلثا بالف
واحدة لتحرم بها عليك وثنتين في نكاح اخر ان نكحتني فطلقها ثلثا وقعت
طلقة ولا يصح ما زاد فان قلنا ان الصفقة لا تفرق سقط المسمى ووجب مهر
المثل وان قلنا تبعض ففيما يستحق قولان احدهما ثلث الالف والثاني جميع الالف
كالبيع ومنهم من قال يقع هاهنا بحصته من الالف قولا واحدا بخلاف البيع فان
قال انت طالق وطالق وطالق على الف وقال اردت الثالثة بالف فقد قال
بعض اصحابنا يستحق الالف قولا واحدا وقال الشيخ الامام ابو اسحق وعندي
انه لا يستحق الالف على القول الذي يقول انه لا يصح خلع الرجعية فان قالت اردت
الثلث بالف وقعت الاولى ولم يقع ما بعدها قال ابن الحداد اذا قال لها انت طالق
ثلثا بالف فقالت واحدة بثلث الالف لم يقع الطلاق وان قالت قبلت واحدة
بالف قال ابن الحداد وقعت وتستحق الالف وقال غيره من اصحابنا يقع الثلث
قال الشيخ ابو نصر رحمه الله وهذا اصح فان قال ان اعطيتني هذا الالف
فانت طالق فاعطته اياه وهو مغصوب فالمذهب انها لا تطلق ٥

فصل

فان اختلفا في قدر عوض الخلع او صفته
او حلوله او تاجيله تحالفا فان خالعها على الف درهم واختلفا فيما نويا فادعى
احدهما انهما نويا صنفا وادعى الاخر انهما نويا صنفا غيره تحالفا ومن اصحابنا
من قال لا يتحالفان لان الاختلاف في النية لا يتصور وقال ابو حنيفة واحمد
القول قول المراة اذا اختلفا في قدر العوض وحكي في الحاوي عن ابي يوسف

وابن ابي ليلى انه لا يصح خلع السفيه ولا طلاقه وقال في الام لو قالت احدى
امرأتيه طلقني وضرتي بالف فطلقها وقع الطلاق ووجب العوض على الباذلة
قال اصحابنا ويكون في العوض قولان احدهما المسمى والثاني ان التسمية
تفسد ويجب مهر مثلها او مثل المسمى في قوله القديم كما لو خالع امرأتين على
عوض واحد قال الشيخ ابو نصر رحمه الله ويحتمل عندي ان يقال هاهنا
يجب المسمى قولا واحدا وان طلق احديهما وقع الطلاق عليها بعوضه وفيما يستحقه
قولان احدهما مهر المثل والثاني حصتها من الالف قال الشيخ ابو نصر رحمه الله وعلى
ما ذكرته يجب حصته مهر مثلها قولا واحدا فاما اذا خالعت زوجها
باذن سيدها فقد اختلف اصحابنا في ذلك فقال اكثرهم هو على القولين في
هبة المكاتب باذن مولاه ومنهم من قال يصح خلعها قولا واحدا بخلاف
الهبة

كتاب الطلاق

يصح الطلاق من كل زوج بالغ عاقل مختار غير الزوج لا يصح طلاقه ولا تعليقه
قبل النكاح وبه قال احمد واسحق وعن احمد في العتق قبل الملك روايتان
وقال ابو حنيفة ينعقد صفة الطلاق قبل النكاح مضافة اليه عم او خص
وكذا العتق وبه قال الزهري وقال مالك ان عين ذلك في امراة بعينها
او قبيلة بعينها صح مع الاضافة الى الملك وبه قال النخعي والشعبي وربيعة
والاوزاعي وابن ابي ليلى وان عم لم يصح طلاق الصبي وقال احمد يصح طلاقه
واذا علقه في احدى الروايتين ومن زال عقله بشرب الخمر فالمنصوص انه
يقع طلاقه وروى المزني انه قال في القديم لا يصح ظهاره والطلاق والظهار

واحد فمن اصحابنا من قال فيه قولان احدهما انه لا يصح وهو اختيار المزني وابي
ثور وداود والقول الثاني وهو الصحيح انه يقع طلاقه وبه قال ابو حنيفه
ومالك والثوري واحد الروايتين عن احمد ومن زال عقله بشرب دوا من
غير حاجة فقياس قوله في الصلوة ان يقع طلاقه قال الشيخ ابو نصر رحمه
الله وفيه نظر وقال اصحاب ابي حنيفه لا يقع طلاقه ومن اصحابنا من قال
يقع الطلاق السكران قولا واحدا ولعل ما رواه المزني بخبر حكاه
الشافعي عن غيره وفي علته ثلثة اوجه احدها وهو قول ابن سريج
ان سكره لا يعلم الا من جهته وهو يدعي السكر اعتسفه
فعلى هذا يقع في الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله عز وجل
والثاني انه يقع طلاقه تغليظا عليه لمعصيته فعلى هذا يصح ما فيه
تغليظ عليه كالطلاق والعتق والردة وما يوجب الحد ولا يصح منه ما فيه
تخفيف كالنكاح والرجعة وقبول الهبات والثالث انه لما كان
سكره بمعصية سقط حكمه فجعل كالصاحي وهو الصحيح لان
الشافعي رحمه الله صحح ردته وطلاق المريض صحيح وحكي في الحاوي عن
الشعبي ان طلاقه لا يقع واما المكره بغير حق فلا يقع طلاقه وروي
ذلك عن عمر وعلي وابن عمر رضي الله عنهم وهو قول شريح وعمر بن عبد
العزيز وبه قال مالك واحمد وقال ابو حنيفه والثوري يقع طلاقه وبه
قال النخعي والشعبي فان توعده بضرب مبرح او اخذ مال او حبس طويل
فقد اختلف اصحابنا فقال ابو اسحق لا يكون اكراها والمذهب

انه اكراه وقال ابو علي في الافصاح كل ذلك اكراه حتى لو توعده بالاستخفاف
وهو رجل وجيه يغض منه ذلك كان اكراها وحكي عن احمد في احدى
الروايتين انه قال الوعيد ليس باكراه وحكي عن شريح انه قال
القيد كره والوعيد كره والسجن كره والضرب والشتم تختلف
باختلاف الناس فان توعده بقتل ذي رحم محرم من الاخوة وبنيهم فهل
يكون ذلك اكراها فيه وجهان احدهما انه اكراه كما لو تهدد بقتل
احد الوالدين او المولودين والثاني انه ليس باكراه كما لو تهدده بقتل
ابن عمه فان اكره على الطلاق فنوى طلاقا من وثاق او نوى تعليقه
على شرط قبل قوله فيه ظاهرا وباطنا وان لم ينو شيئا ففيه وجهان احدهما
انه يقع والثاني انه لا يقع فان اكره على الطلاق فتلفظ به ونوى ايقاعه
ففيه وجهان اصحهما انه يقع والثاني انه لا يقع اذا تلفظ العجمي بالعربية
فقال انت طالق لزوجته وهو لا يعرف معناه وقصد موجبه عند
العرب ففيه وجهان احدهما وهو قول اقضى القضاة الماوردي انه
يقع والثاني وهو قول الشيخ ابي حامد الاسفرايني انه لا يقع ويملك
الحر على امراته ثلث طلقات والعبد طلقتين وبه قال مالك واحمد وقال
ابو حنيفه والثوري الطلاق معتبر بالنسا فان كانت المراة حرة ملك زوجها
عليها ثلث طلقات حرا كان او عبدا واذا كانت امة ملك عليها طلقتين وان
كان فصل ويقع الطلاق على اربعة اوجه واجب
وهو في حال الشقاق والايلا ومستحب وهو عند خوف التقصير في حقها

ولا تكون عفيفة ومحرم وهو طلاق البدعة وهو في حالين احدهما في المدخول
بها في حال الحيض من غير حمل والثانية طلاق من يجوز ان تحبل في الطهر الذي
جامعها فيه قبل ان يستبين الحمل وطلاق الحامل في حال الحيض اذا قلنا انها
تحيض ليس ببدعة وقال ابو اسحق هو بدعة والمذهب الاول والطلاق المكروه
ما كان من غير سنة ولا بدعة فان طلقها في حال البدعة وقع الطلاق
وحكي عن ابي علية وهشام ابن الحكم والشيعة انهم قالوا لا يقع الطلاق في
حال الحيض ويستحب تفريق الطلاق على الاقرا وهي الاطهار فيوقع في
كل قر طلقة وهو احدى الروايتين عن احمد وبه قال اسحق وابو ثور
وقال مالك وابو حنيفة جمع الطلاق في قر واحد حرام الا انه واقع وعند
ابي حنيفة انه يجوز ان يطلقها واحدة ثم يراجعها ثم يطلقها اخرى ثم يراجعها
ثم يطلقها وقال اهل الظاهر والشيعة جمع الطلاق الثلث حرام واذا
جمع لم يقع ومنهم من قال يقع منه واحدة فان طلقها في حال الحيض اثم
ويستحب له ان يراجعها ولا يجب ذلك وبه قال ابو حنيفة واحمد وقال مالك
يلزمه ان يراجعها اذا قال انت طالق للسنة فانقطع حيضها طلقت
وقال ابو حنيفة اذا انقطع دمها لما دون الاكثر لم يقع عنها الطلاق حتى
اذا قال يغتسل او تخرج عنها وقت صلوة لي وتتيمم عند عدم الما وتصلي به
وان قال انت طالق ثلثا للسنة وكانت طاهرا من غير جماع طلقت ثلثا
وليس في العدد عندنا سنة ولا بدعة وقال ابو حنيفة يقع في كل قر
طلقة فان كانت من ذوات الشهور وقع في كل شهر طلقة الا ان ينوي

الحال ويجوز ان يفوض الطلاق الى المراة قال الشافعي رحمه الله ولها ان تطلق نفسها
ما لم يتفرقا عن المجلس او يحدث ما يقطع ذلك وهو قول ابن القاص وقال
ابو اسحق لا تطلق نفسها الا على الفور وحكي عن الحسن البصري رحمه الله وقتاده
والزهري ان لها الخيار ابدا واختاره ابن المنذر وقد خير رسول الله صلى الله عليه
وسلم نساه وكان تخييره عليه السلام لهن كناية في الطلاق ومن اصحابنا
من قال هو صريح في حقه وهل تبين بما دون الثلث في حقه وجهان وهل حرم
عليه على التابيد فيه وجهان وهل يكون على الفور في حقه صلى الله عليه وسلم
وجهان واذا اخبر الرجل امراته فله ان يرجع ما لم تطلق وبه قال احمد وقال
ابو علي بن خيران ليس له ان يرجع وبه قال ابو حنيفة ومالك فان قال
طلقي نفسك ثلثا فطلقت واحدة وقعت وبه قال ابو حنيفة وقال
مالك لا يقع فان قال طلقي نفسك واحدة فطلقت ثلثا وقعت واحدة
وبه قال مالك واحمد وقال ابو حنيفة لا تطلق وان قال لرجل طلق
امراتي ثلثا فطلق واحدة او قال طلق امراتي واحدة فطلق ثلثا ففيه
وجهان احدهما انه بمنزلة الزوجة في المسلتين والثاني انه لا يقع وتصح
اضافة الطلاق الى كل جز شايع ومعين من المراة ويقع به الطلاق وفي
كيفية وقوعه وجهان احدهما انه يقع على الجميع باللفظ والثاني انه
يقع على الجز المسمى ثم يسري الى الباقي وان قال لونك طالق ففيه
وجهان احدهما انه يقع والثاني لا يقع وان قال دمك طالق او ريقك
طالق او عرقك طالق او حملك طالق لم تطلق وحكي عن ابي ليلي

انه قال يقع الطلاق بذلك كله وقال ابو حنيفة لا يصح اضافة الطلاق الى
الاخر المعينة الا الراس والوجه والرقبة والفرج والظهر وقال احمد
يقع اذا اضافه الى عضو لا ينفصل في حال الحيوة واما الشعر والظفر
والسن فلا يصح اضافة الطلاق اليها ويجوز اضافة الطلاق اليه ويجوز
اضافة الطلاق الى الزوج بان يقول لها انا منك طالق او يجعل الطلاق
اليها فيقول له انت طالق وقال ابو حنيفة لا يقع الطلاق باضافته
اليه بالصريح واختلف اصحابنا في اضافة العتق الى المولى قال ابو علي
بن ابي هريرة يصح وقال اكثر اصحابنا لا يصح فيه

باب ما يقع به الطلاق وما لا يقع

لا يقع الطلاق بمجرد النية من غير صريح ولا كناية وقال مالك اذا
نوى الطلاق وقع في احد الروايتين والصريح ثلثة الفاظ الطلاق والفراق
والسراح وقال ابو حنيفة الصريح كلمة واحدة وهو الطلاق وقال
مالك السراح والفراق ليسا صريحين ولكنهما من الكنايات الظاهرة
فان قال انت طالق ونوى به من وثاق او سرحتك واراد به من اليد
وفارقتك واراد بالجسم لم يقبل في الحكم ويدين فيما بينه وبين الله تعالى
فان علمت المراة صدقه جاز ان يقيم معه فان راهما الحاكم على الاجتماع
فرق بينهما في احد الوجهين بحكم الظاهر والثاني انه لا يفرق بينهما وقال
داود لا يقع الطلاق لصريح الا بالنية فاما اذا قال انت طالق او انت طالق
ففيه وجهان احدهما انه صريح وهو قول مالك وابي حنيفة والثاني

انه كناية فاما الكنايات فهي ما يشبه الطلاق ويدل على الفراق ولا يقع
الطلاق بشي منها من غير نية بحال وقال ابو حنيفة الكنايات في حال
مذاكرة الطلاق يقع بها الطلاق من غير نية الا قوله حبلك على غاربك
واعتدي واستبرئي وتقنعي ومذاكرة الطلاق سوال الطلاق واما في
حال الغضب فانه يفتقر جميعا الى النية الى قوله اعتدي واختاري
وامرك بيدك فانه يقع به الطلاق من غير نية وقال الكنايات الظاهرة
كقوله باين وبتة وبتلة وحرام اذا قال ما نويت الطلاق لا يصدق وقال
احمد دلالة الحال في جميع الكنايات يقوم مقام النية فان قال طلقت
امراتك او امراتك طالق فقال نعم ففيه قولان اصحهما انه يقع به
الطلاق من غير نية والثاني لا يقع الا بنية قال القاضي ابو الطيب رحمه
الله هذان القولان كالقولين فيه اذا قال زوجتك بنتي فقال قبلت واختلف
اصحابنا في وقت النية في الكناية فمنهم من قال اذا قارنت النية بعض
اللفظ اوله او اخره وقع ومنهم من قال لا يصح حتى يقارن النية جميع
اللفظ ينوي ويطلق عقيبها فان قال لست لي بامراة فهو كناية وبه
قال ابو حنيفة واحمد وقال ابو يوسف ومحمد لا يكون كناية وان قال
كلي واشربي قال ابو اسحق لا يكون كناية وهو قول ابي حنيفة وقال
الشيخ ابو حامد وهو الاصح يكون كناية وذكر بعض اصحابنا ان الشافعي
رحمه الله نص على انه كناية والكنايات كلها بعد الدخول رجعية
اذا لم ينو الثلث وقال ابو حنيفة كلها بواين الا قوله اعتدي واستبري

رجعة وانت واحدة ويقع بها ما ينويه من العدد وقال ابو حنيفة الكنايات
البواين لا يقع بها طلقتان وانما يقع بها واحدة او ثلث ان نوى الثلث الا قوله
اختاري وقال مالك الكنايات الظاهرة يقع بها الثلث سوى نوى الثلث
او لم ينوا الا ان يكون في خلع او تكون غير مدخول بها فيقبل قولها
فيما نواه وقال احمد الكنايات الظاهرة يقع بها ثلث وان نوى بها واحدة
والخفية يقع بها ما نواه فان قال لامرأته اختاري او امرك بيدك
فقالت اخترت الازواج ونوت الطلاق ففيه وجهان اصحهما
انه يقع وهو قول ابي اسحق وان قالت اخترت ابوي ونوت الطلاق
ففيه وجهان احدهما انه لا يقع والثاني انه يقع وان قال امرك
بيدك ونوى لنجاز الطلاق ففيه وجهان احدهما انه لا يقع والثاني
يقع فان قالت اخترتك لم يقع به شي وروي ذلك عن عمر وابن مسعود
وابن عباس وعايشة رضي الله عنهم وعن علي روايتان احديهما مثل ذلك
والثانية انه يقع به طلقة رجعية وبه قال الحسن البصري وربيعة فان
اختارت نفسها ونويا الطلاق وقعت طلقة رجعية وان نوى احدهما
دون الاخر لم يقع شي وبه قال احمد وقال ابو حنيفة يكفي نية الزوج
ويقع طلقة باينة وان نوى الثلث لم يقع الا واحدة وقال مالك اذا نويا
الطلاق وقع الثلث ان كانت مدخول بها وان كانت مدخول بها وان لم
تكن مدخول بها قبل ما نواه من واحدة واثنين وقال الحسن والليث
يكون ثلثا فان كرر لفظ الاختيار ثلثا ونوى به واحدة كان واحدة وقال

ابو حنيفة اذا قبلت طلقت ثلثا فان قال لها اختاري من ثلث طلقات ما شئت
فلها ان تختار ما دون الثلث وبه قال احمد وابو حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد لها ان تختار الثلث فان قال الطلاق وقالت ما نويت الطلاق
فالقول قولها مع يمينها وقال الاصطخري القول قول الزوج فان قال
لها اذا مضت سنة فامرك بيدك او اذا قدم زيد فامرك بيدك لم يصح
وان قال امرك بيدك فطلقي نفسك بعد سنة او اذا قدم زيد ففيه
قولان احدهما نص عليه في الاملا انه يجوز وهو قول ابي حنيفة واختيار
المزني وقال في الجديد وهو الاصح انه لا يجوز تغليب الحكم التمليك فان وكل
وكيلا في طلاق امرأته ثلثا فقال الوكيل لها انت طالق ونوى به
الثلث فهل يقع فيه وجهان احدهما انه يقع كالموكل وان وكله
في طلاق واحدة من نسائه من غير تعيين صح ذلك في احد الوجهين ويطلق
من شا منهن والثاني انه لا يصح حتى يعين وان وكله في طلاق امرأته
ثلثا ثم ابانها الموكل ثم تزوجها فهل تبقى الوكالة فيه وجهان فان
قال لامرأته انت علي حرام ونوى تحريم عينها من غير طلاق ولا ظهار
كفر وكفارة يمين وان لم يكن له نية ففيه قولان احدهما انه تجب عليه
كفارة يمين والثاني لا شي عليه قال الشيخ ابو نصر رحمه ولا فرق عندي بين
ان ينوي تحريمها وبين ان لا ينوي لان لفظ التحريم صريح فيه وان قال لامته
انت علي حرام ونوى به العتق كان عتقا وان نوى به تحريما وجب عليه كفارة
يمين وان نوى الظهار لم يكن شيا قال الشيخ ابو نصر رحمه الله وعندي انه

يجب ان يكون بمنزلة ما لو نوى تحريمها وان اطلق ففيه قولان ومن اصحابنا
من قال في الامة تجب الكفارة قولا واحدا وقد اختلفت الصحابة رضي الله
عنهم في لفظ الحرام في الزوجة فقال ابو بكر الصديق رضي الله عنه
هو يمين وتجب به كفارة يمين وبه قال ابو حنيفة اذا لم ينو به طلاقا
ولا ظهارا او يكون موليا من امراته وقال عمر بن الخطاب يكون
طلقة رجعية وبه قال الزهري وقال عثمان بن عفان رضي الله عنه
هو ظهار وبه قال احمد وقال علي رضي الله عنه وزيد يكون طلاقا ثلثا
وبه قال مالك وقال ابن مسعود تجب فيه كفارة يمين وليس بيمين وهو
احدى الروايتين عن ابن عباس رضي الله عنه وهو مذهبنا وقال ابو سلمة
بن عبد الرحمن ومسروق لا يكون شيا وقال حماد بن سليمن يكون
طلقة باينة فان قال كل ما املك علي حرام وله نسا واما ومال وجبت
الكفارة بتحريم النسا والاما فظاهر قوله انه كفارة واحدة
وقال في الظهار عن اربع نسوة هل تجب عليه كفارة واحدة
فيه قولان واختلف اصحابنا في ذلك على طريقين احدهما وهو قول
ابي اسحق وابي علي الطبري ان المسلتين على قولين والثاني انه تجب
ها هنا كفارة واحدة قولا واحدا فاما ساير امواله فلا تجب عليه
بتحريمها كفارة وقال ابو حنيفة واحمد ينعقد به يمين وتجب
عليه كفارة يمين وان قال انت علي كالميتة والدم كان كناية فان قصد

به تحريم عينها وجبت عليه الكفارة وذكر الشيخ ابو حامد انه ان قال نويت
بذلك قولي انت علي حرام بني على القولين فيه هل هو صريح ام كناية
فان قلنا انه صريح وجبت به الكفارة وان قلنا انه كناية لم يلزمه شي لان
الكناية لا يكون لها كناية فان قال لامته انت طالق ونوى به
العتق وقع وان قال لامراته انت حرة ونوى به الطلاق وقع وقال
ابو حنيفة لفظ العتق كناية في الطلاق ولفظ الطلاق لا يكون كناية
في العتق فان كتب بصريح لفظه وهو غايب ونوى به الطلاق ففيه
قولان احدهما انه لا يقع به الطلاق وقال في الام يقع به الطلاق وهو
الاصح وهو قول ابي حنيفة وهل يقع به الطلاق في حق الحاضر فيه وجهان
احدهما انه لا يقع به الطلاق الا في حق الغايب والثاني انه يقع به في حق
الجميع وان كتب بالطلاق ولم يتلفظه ولم ينوه لم يقع به الطلاق
وهو قول ابي حنيفة ومالك وقال احمد يقع فان كتب اذا وصل اليك
كتابي فانت طالق فوصل وقد تخرق بعضه وبقي موضع الطلاق وقع
الطلاق في احد الوجهين والثاني انه ان كان قد قال اذا وصل اليك كتابي
فانت طالق وقع وان كان قد قال اذا وصل اليك هذا الكتاب لم يقع وذكر
القاضي ابو الطيب رحمه الله هذا الوجه ولم يذكره غيره وذكر فيه
وجه اخر انها لا تطلق بحال وقيل ان وصل اكثر الكتاب طلقت وقيل
ان كان الذاهب من غير المكتوب وقع وان كان من المكتوب لم يقع

باب عدد الطلاق والاستثنا فيه

اذا قال لامرأته انت طالق ونوى به عددا وقع ما نواه وقال ابو حنيفة لا يقع
بها الا طلقة الا ان يقول انت طالق للسنة او يقول انت طالق او طلقي
نفسك وينوي به الثلث فيقع الثلث فان قال انت طالق واحدة ونوى
الثلث ففيه وجهان احدهما انه يقع الثلث والثاني انه لا يقع
الا طلقة فان قال انت طالق ونوى انه اشار الى اصبعه لم يقبل في
الحكم وهل يدين فيما بينه وبين الله تعالى فيه وجهان اصحهما انه
لا يدين فان قال انت طالق واحدة في اثنتين وهو لا يعرف الحساب
وقصد موجبه عند الحساب وقع طلقة في اظهر الوجهين وقال
ابو بكر الصيرفي يقع طلقتان وان كان ممن يعرف الحساب
وقصد موجبه عند الحساب وقع طلقتان وبه قال احمد وقال ابو حنيفة
يقع طلقة بكل حال وان لم يكن له نية والمنصوص انها تطلق
طلقة وقال ابو اسحق المروزي يحتمل ان تطلق طلقتين فان
قال انت طالق طلقة بل طلقتين في احد الوجهين وتطلق ثلثا في الثاني
وهو قول ابو العباس بن سريج وان قال لزوجته انت طالق واحدة لا بل
ثلثا ان دخلت الدار قال ابن الحداد طلقت في الحال طلقة وثنتين اذا دخلت
الدار وقال في الحاوي الصحيح عندي انه يتعلق الثلث بدخول الدار
فان قال لغير المدخول بها انت طالق ثلثا طلقت ثلثا وقال عطا تطلق
واحدة وان قال لها انت طالق انت طالق طلقة طلقة وهو
قول ابي حنيفة وابي ثور والثوري وحكي عن الشافعي رحمه الله في القديم

انها تطلق ثلثا فمن اصحابنا من جعل ذلك قولا اخر وهو قول ابي علي بن ابي هريرة
واكثر اصحابنا قالوا لا يقع الا طلقة واحدة وما ذكره في القديم
حكاية عن مالك وهو قول الاوزاعي والليث وربيعة وابن ابي ليلى قال
ابو علي الطبري في ذلك وجهان وقال ان كان بواو العطف طلقت ثلثا
قال المزني في المنثور اذا قال لغير المدخول بها انت طالق طلقة معها
طلقة طلقت طلقة ولم تقع الاخرى ومن اصحابنا من خالفه وقال
يقع طلقتان فان قال لها اذا دخلت الدار فانت طالق وطالق ففيه
وجهان احدهما يقع طلقتان وبه قال ابو يوسف ومحمد وهو اختيار
القاضي ابي الطيب والثاني يقع طلقة وهو قول ابي حنيفة وهو اقيس
قال الشيخ ابو نصر رحمه الله فان قال لها اذا دخلت الدار فانت طالق طلقة
فدخلت الدار وقع طلقتان ولم يحك فيه خلافا وقال الشيخ ابو نصر رحمه الله
يجب ان يكون فيه وجه اخر كما لو باشرها بالقول فعلى هذا الوجه
يجي وجهان كما لو قال اذا دخلت الدار فانت طالق وطالق فان قال لها
انت طالق ثم طالق اذا دخلت الدار فاذا دخلت الدار طلقت طلقة وقال
ابو حنيفة يقع في الحال طلقة وقال ابو يوسف ومحمد يقع بدخول الدار
طلقتان فان قال للمدخول بها انت طالق انت طالق انت طالق ولم
يكن له نية طلقت ثلثا في احد القولين وفي القول الثاني تطلق طلقة
فان قال لها انت طالق انت مفارقة انت مسرحة ففيه وجهان احدهما
ان حكمه حكم المغايرة بالحروف فيطلق ثلثا والثاني ان حكمه حكم اللفظ

الواحد اذا كرره اذا قال انت طالق ثلثة انصاف طلقة ففيه وجهان احدهما
انها تطلق طلقتين والثاني انها تطلق طلقة وهو قول ابي علي الطبري
فان قال انت طالق ثلثة انصاف طلقتين طلقت في احد الوجهين وتطلق
في الثاني ثلثا وان قال انت طالق نصف طلقتين ففيه وجهان احدهما
انها تطلق طلقة والثاني انه يقع طلقتان كما لو قال انت طالق نصفي
طلقتين فان قال انت طالق نصف طلقة ومثله ففيه وجهان احدهما
انها تطلق واحدة والثاني انها تطلق طلقتين فان كان له اربع نسوة فقال
اوقعت بينكن طلقتين ولم يكن له نية فالمذهب ان كل واحدة
منهن تطلق طلقة نص عليه الشافعي رحمه الله وحكى ابو علي الطبري في
الافصاح انه يحمل الطلاق ذلك وعلى قسمة كل طلقة بينهن فيطلق
كل واحدة منهن طلقتين والاول اصح فان قال انت طالق طلقة
قبلها طلقة طلقت طلقتين وفي كيفيه وقوع ما قبلها وجهان قال
ابو علي بن ابي هريرة يقع مع التي اوقعها وقال ابو اسحق تقع قبلها وذكر
القاضي ابو الطيب رحمه الله وجها اخر انها تطلق مرتب فيقع طلقة
بعدها طلقة فكانه اوقعها متاخرة عن الحال قال الشيخ ابو نصر رحمه الله
وهو الاصح وان قال لغير المدخول بها انت طالق قبلها طلقة ففيه
وجهان احدهما انه لا يقع شي والثاني يقع التي اوقعها ولا يقع ما قبلها
فان قال انت طالق طلقة بعدها طلقة طلقت طلقة وقال ابو حنيفه
تطلق لقوله قبلها طلقة طلقتين وبقوله بعدها طلقة طلقة واحدة

وان قال انت طالق طلقة بعدها طلقة او طلقة قبل طلقة وقعت واحدة
على قول اصحابنا وعلى قول ابي حنيفه يقع بقوله بعد طلقة طلقتان او بقوله
قبل طلقة طلقة وان قال انت طالق ثلثا الا طلقتين والا واحدة ففيه
وجهان احدهما انه يقع الثلث والثاني انه يقع طلقة فان قال انت طالق
طلقة وطلقة الا طلقة ففيه وجهان احدهما انها تطلق طلقة والثاني
وهو المنصوص عليه انها تطلق طلقتين فان قال انت طالق طلقتين الا نصف
طلقة طلقت طلقتين وحكى القاضي ابو الطيب رحمه الله في شرح الفروع
ان من اصحابنا من قال تطلق ولا يستثنى شي فان قال انت الا واحدة طالق
ثلثا فقد قال بعض اصحابنا لا يصح الاستثنا قال الشيخ الامام ابو اسحق الشيرازي
رضي الله عنه يحتمل عندي ان يصح فيقع طلقتان فان قال انت طالق
خمسا الا ثلثا ففيه وجها وجهان احدهما قاله ابن ابي هريرة وابو علي
الطبري انها تطلق ثلثا وقال اكثر اصحابنا يقع طلقتان اعتبارا بالعدد
في اللفظ وقد نص الشافعي رحمه الله على مثل ذلك فان قال انت طالق ثلثا الا
واحدة وواحدة وواحدة طلقت ثلثا وبه قال ابو حنيفه وقال ابو يوسف
ومحمد يقع طلقة وهو وجه لبعض اصحابنا حكاه القاضي في شرح الفروع
فان قال انت طالق ثلثا وثلثا الا اربعا طلقت ثلثا وهو قول زفر وحكى الكرخي
عن ابي يوسف ومحمد انها فالا اذا قال انت طالق اثنين واثنين الا اثنين انها
تطلق ثنتين فان قال انت طالق ثلثا الا ثلثا الا اثنين ففيه ثلثة اوجه احدها
انه يقع الثلث والثاني يطلق طلقتين لانه يصير مثبتا لما نفاه طلقتين والثالث

انه يقع طلقة ويسقط الاستثنا الاول فان قال انت طالق ان شا الله وانت حرة
ان شا الله لم يقع الطلاق ولا العتق وبه قال ابو حنيفة والثوري ومجاهد
وطاوس والنخعي واختلف اصحابنا فيه هل يكون ذلك استثنا يمنع الانعقاد
في ذلك كله او يكون شرطا على وجهين احدهما انه استثنا يمنع الانعقاد
والثاني وهو قول ابي اسحق انه شرط ويتعقبه الثمرة ويمنع الوقوع لعدم
الشرط ذكره في الحاوي وقال مالك والزهري والليث بن سعد ان المشية
ترفع الايمان بالله ولا ترفع الطلاق والعتاق وقال احمد لا ترفع الطلاق خاصة
وحكي في الحاوي عن الاوزاعي وابن ابي ليلى انها ترفع الايمان كلها ولا ترفع
الناجز من العتق والطلاق والنذر والاقرار فان قال انت طالق ثلثا وثلثا
ان شا الله او انت طالق ثلثا وواحدة ان شا الله قال الشيخ ابو نصر رحمه الله الذي
يقتضيه المذهب ان لا يقع طلاقه وبه قال ابو يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة
يقع ويبطل الاستثنا فان قال انت طالق ثلثا وا طالق ان شا الله طلقت واحدة
وقال محمد يرجع الاستثنا اليهما وان قال انت طالق الا ان يشا الله ففيه
وجهان احدهما انها لا تطلق والثاني وهو المذهب انها تطلق وان قال
حفصة وعمرة طالقان ان شا الله فقد قال بعض اصحابنا تطلق حفصة دون
عمرة قال الشيخ الامام ابو اسحق وعندي انه ينبغي ان لا تطلق واحدة منهما فان
قال نساي طوالق واستثنى بقلبه بعضهن دين فيه ولم يقبل في
الحكم وقال ابو حفص البابشامي يقبل في الحكم وان قال انت طالق ثلثا واستثنى
بقلبه الا واحدة لم يقبل في الحكم وهل يدين فيه وجهان كما لو

قال انت طالق ثم قال نويت بقلبي ان شا الله فانه لا يقبل والثاني انه يدين وهو اختيار
الشيخ ابي حامد وان قال اربعتكن طوالق واستثنى بعضهن بالنية فهل
يدين بذلك فيه وجهان

باب الشرط في الطلاق

اذا قال لامراته انت طالق طلقتين للسنة والبدعة ففيه وجهان احدهما
انها تطلق طلقة في حال السنة وطلقة في حال البدعة اذا كان في طلاقها سنة
وبدعة والثاني انه يقع في الحال طلقتان فان قال انت طالق ثلثا بعضهن
للسنة وبعضهن للبدعة ثم قال اردت طلقة في الحال وطلقتين في الحالة الاخرى
لم يقبل قوله في قول ابو علي ابن ابي هريرة في الحكم ويدين فيما بينه وبين الله تعالى
والمذهب انه يقبل قوله في الحكم ايضا وقال المزني تقع طلقة اذا طلقها فان
قال لمن ليس في طلاقها سنة ولا بدعة قال القاضي ابو الطيب رحمه الله وفيه
نظر وقال الشيخ ابو حامد لا يقع الطلاق لعدم الشرط كما قال ان كنت
علوية فانت طالق قال الشيخ ابو نصر قال الشافعي رحمه الله وقع عليها
الطلاق لانه وصفها بصفة محال ولما قاله الشيخ رحمه الله عندي وجه اذا
علق الطلاق على صفة تعلق بها ولم يقع قبل وجودها وان كانت مما توجد
بحالة وقال الزهري وسعيد بن المسيب ومالك اذا كانت الصفة توجد
لا محالة وقع الطلاق في الحال فان قال انت طالق طلاق الحرج قال اصحابنا
يقع طلاقه بدعة وحكى ابن المنذر عن علي رضي الله عنه انه قال يقع ثلث
طلقات فان قال انت طالق حل مكة او المدينة او الدنيا طلقت طلقة
رجعية وبه قال احمد وقال ابو حنيفة يقع طلقة باينة وقال ابو يوسف

طلاق السنة وطلاق البدعة ... انه طالق ان كان يقع عليك في هذا الوقت

ومحمد اذا قال انت طالق طلقة مثلا الكون كانت باينة وان قال ملأ الكون
كانت رجعية فان قال انت طالق مثل الجبل او مثل عظم الجبل وقعت
طلقة رجعية وقال ابو حنيفة يقع طلقة باينة وقال ابو يوسف ومحمد
ان قال مثل الجبل فهي رجعية وان قال مثل عظم الجبل فهي باينة وان
قال انت طالق اشد الطلاق طلقت رجعية وقال ابو حنيفة تقع
باينة وان قال انت طالق كاية قال الشيخ ابو نصر رحمه الله يقع عندي ثلثه
وبه قال محمد بن الحسن واحمد وقال ابو حنيفة وابو يوسف تقع طلقة فان قال
لامراتيه ان حضتما حيضة فانتما طالقان لم ينعقد الصفة في احد الوجهين
والثاني انهما اذا حاضتا طلقتا فان قال لها ان حضت فانت طالق
وهي حايض قال الشيخ ابو نصر رحمه الله الذي يقتضيه المذهب ان تطلق بما
تجدد من الحيض وحكي عن ابي يوسف انه قال لا تطلق حتى تحيض حيضة
اخرى وكذا اذا قال مرضت وكانت مريضة وان قال اذا صححت فانت اذا
طالق وهي صحيحة طلقت في الحال وناقض في القيام والقعود والركوب
فجعله بالاستدامة وان قال لامراته ان لم تكوني حاملا فانت طالق
وكان قد وطيها ووضعت لاكثر من ستة اشهر من تاريخ العقد والوطي
جميعا طلقت على قول ابي اسحق وقال ابو علي بن ابي هريره لا تطلق وان لم يظهر
بها حمل ومضت ثلثة اقرا ولم تحض ثانية فهل تحل للازواج فيه
وجهان احدهما انها تحل والثاني انها لا تحل حتى يمضي عليها اكثر مدة
الحمل وان عرضت لها ريبة بعد الاقرا بان ظهر بها امارات الحمل فهل

تحل له وطيها فيه وجهان احدهما انه يستبيح وطيها بذلك والثاني لا يستبيح
فان قال ان كنت حاملا فانت طالق فهل يحرم وطيها قبل الاستبرا فيه
وجهان احدهما لا يحرم والثاني يحرم واختلف اصحابنا في صفة الاستبرا
وقدره ووقته فقد عند الشيخ ابو حامد الاسفرايني في الاستبرا في
المسئلتين ثلثة اوجه احدها انه ثلثة اقرا هي اطهار والثاني بقرو وهو
طهر والثالث بحيضة وهل يعتد بالاستبرا قبل عقد الطلاق
فيه وجهان احدهما لا يعتد به والثاني يعتد به ومن اصحابنا من قال
الاستبرا في المسئلة الثانية على ما ذكرناه وفي المسئلة الاولى لا يجوز
الاستبرا بما دون ثلثة اطهار ولا يعتد بما وجد منه قبل الطلاق فان
قال كلما ولدت ولدا فانت طالق فولدت ثلثة اولاد واحدا بعد واحد طلقت
طلقتين وانقضت عدتها بالثالث وحكى ابو علي بن خيران عن الاملا قولا
اخر انه يقع بالثالث طلقة ثالثة وليس بصحيح فان قال ان طلقتك
فانت طالق ثم قال لها ان دخلت الدار فانت طالق فدخلت الدار فمن
اصحابنا من قال تطلق بدخول الدار طلقة ولا تطلق عن اليمين الاولة شيا
قال الشيخ الامام ابو اسحق الشيرازي وعندي انه يقع طلقتان احديهما
بدخول الدار والاخرى بالصفة اذا قال اذا وقع عليك طلاقي فانت طالق
ثم قال لها ان دخلت الدار فانت طالق فدخلت الدار طلقت طلقتين
وان وكل وكيلا بعد هذا العقد في طلاقها فطلقها ففيه وجهان
احدهما يقع ما اوقعه الوكيل ولا يقع ما علقه بالصفة والثاني انه يقع

طلقتان فان قال ان لم اطلقك فانت طالق فالمنصوص انه على التراخي فلا
يقع به الطلاق الا عند فوات الطلاق بموته او موتها وان قال اذا لم اطلقك
فانت طالق فالمنصوص انه على الفور فاذا مضى زمان يمكنه ان يطلق فلم
يفعل حنث فمن اصحابنا من نقل جواب احدى المسئلتين الى الاخرى
وخرجهما على قولين ومنهم من قال فرق بينهما وهو الصحيح لان اذا بمنزلة
اي وقت واي زمان فانها اسم الزمان اذا كان له اربع نسوة وعبيد فقال
كلما طلقت امراة من نسائي فعبد من عبيدي حر وكلما طلقت امراتين
فعبدان حران وكلما طلقت ثلثة من نسائي فثلثة اعبد احرار وكلما
طلقت اربعة فاربعة اعبد احرار فطلقهن فانه يعتق خمسة عشر
عبدا على الصحيح من المذهب ومن اصحابنا من قال يعتق سبعة عشر
عبدا وفيه وجه ثالث انه يعتق عشرون عبدا وهو قول ابي حنيفة
وقال ابن القطان يعتق عشرة اعبد فان كان له اربع نسوة فقال كلما
ولدت واحدة منكن فصواحباتها طوالق فولدت الاربع واحدة بعد
واحدة وقع على الاولة ثلث طلقات وعلى الثانية طلقة وعلى الثالثة
طلقتان وعلى الرابعة ثلث ذكره ابن الحداد واختاره القفال وقال
ابن القاص يقع على كل واحدة منهن طلقة سوى الاولة فانها لا يقع
عليها شي لان الاولة لما ولدت طلقت كل واحدة منهن طلقة واذا
ولدت الثانية انقضت عدتها بولادتها فبانت بولادتها فبانت ولم
يقع على البواقي شي لانهن لسن بصواحبات لها واختاره القاضي ابو الطيب

رحمه الله وان ولدن دفعة واحدة طلقت كل واحدة منهن ثلثا لا اختلاف
فيه ذكره القاضي ابو الحسن الماوردي ان الاصح عندي ان يرجع الى ارادته
فان اراد الشرط فالصحيح ما قاله ابن القاص وان اراد التعريف فالجواب
ما قاله ابن الحداد وان لم يكن له ارادة او لم يعلم ارادته حمل على التعريف
دون الشرط فان قال يا حفصة ان ولدت فانت وعمرة طالقتان فقالت
قد ولدت فكذبها لم تطلق عمرة وهل تطلق حفصة فيه وجهان
احدهما لا يقبل قولها والثاني يقبل فان قال اذا مضت سنة فانت
طالق فانه يعتبر سنة بالاهلة فان كانت اليمين في اثنا الشهر اعتبر ذلك
الشهر بالعدد وقال ابو حنيفة يعتبر الجميع بالعدد ثلثمائة وستون يوما
اذا قال انت طالق في شهر رمضان طلقت برؤية الهلال في اول الشهر
وقال ابو ثور لا يطلق الا في اخر الشهر فان قال انت طالق في اول اخر
الشهر ففيه وجهان احدهما وهو قول ابي العباس بن سريج انها تطلق
في اول ليلة السادس عشر والثاني وهو قول اكثر اصحابنا انها تطلق
في اول اليوم الاخير من اخر الشهر وان قال انت طالق في اخر اول الشهر
طلقت على الوجه الاول في اخر الخامس عشر وعلى الوجه الثاني تطلق في اخر الليلة
الاولة من الشهر وذكر في المهذب في اخر اليوم الاول وهذا سهو
وان قال انت طالق في اخر اول اخر رمضان طلقت على الوجه الاول عند
طلوع الفجر من اليوم السادس عشر وفي الوجه الثاني تطلق عند غروب
الشمس من اليوم الاخير من الشهر وان قال انت طالق في اول اخر اول رمضان

طلقت في الوجه الاول بطلوع الفجر من اليوم الخامس عشر وعلى الوجه الاخر
بغروب الشمس من الليلة الاولة من الشهر ذكر الشيخ ابو نصر رحمه الله انه
اذا قال انت طالق في شهر قبل ما بعد قبله رمضان فحكى فيه ثلثة اوجه
احدها انه يقع في رجب وقال اخرون في شوال وقال اخرون في شعبان
واختاره القاضي ابو الطيب رحمه الله فان قال انت طالق اليوم وغدا طلقة
وقال اردت نصف طلقت اليوم والنصف الباقي غدا ففيه وجهان
احدها انها تطلق اليوم طلقة ولا تطلق في غد شيا والثاني انها
تطلق في اليوم الثاني طلقة ثانية وان قال انت طالق اليوم او غدا ففيه
وجهان انها تطلق غدا والثاني انها تطلق اليوم ذكره في الحاوي انه
اذا قال انت طالق اليوم وغدا ولم يكن له نية ففيه وجهان احدهما وهو
قول العراقيين انها لا تطلق الا طلقة اليوم والثاني انها تطلق
اليوم طلقه وفي غد طلقة وان قال انت طالق اليوم بعض طلقة وفي
غد البعض وقال اردت به البعض الاخير من الطلقه طلقت اليوم ولم
تطلق في غد وان لم يكن له نية فوجهان احدهما انها لا تطلق الا واحدة
والثاني تطلق طلقتين فان قال ان لم اقبضك حقك في شعبان فامراتي
طالق لم تطلق حتى تخرج شعبان ولم يقبضه حقه ولا يمنع من وطي
زوجته قبل وقوع الطلاق وقال مالك يمنع من وطيها وكذلك كل
يمين معلقة على فعله فانه يمنع من الوطي حتى يفعله فان قال انت طالق
الى شهر لم يقع الطلاق الا بعد ما مضي الشهر وقال ابو حنيفة يقع في

فان قال انت طالق اذا رايت هلال الشهر كذا فراه غيره وثبت رويته حنث
في يمينه وقال ابو حنيفة لا تحسب حتى يراه بنفسه فان قال انت طالق
اذا رايت هلال شهر كذا واراد روية نفسه قبل غروب الشمس فهل
تحنث فيه وجهان احدهما انه تحنث والثاني انه لا تحنث واليه اشار
الشافعي لان هلال الشهر ما روي فيه فان لم ير هلال حتى صار قمرا
ففيه وجهان احدهما انه تحنث تغليبا للاشارة والثاني انه لا تحنث
في الشهر الماضي والمنصوص انها تطلق في الحال وقال الربيع فيه قول
اخر انها لا تطلق وقال فيمن قال لامراته ان طرت او ان صعدت الى
السما فانت طالق انها لا تطلق فقال ابو علي بن خيران في المسلتين قولان
بنقل الجواب وقال اكثر اصحابنا انه اذا قال انت طالق في الشهر الماضي
طلقت في الحال واذا قال ان طرت او ان صعدت لم تطلق قولا واحدا وهو
الاقيس وما قاله الربيع من تخرجه فان قال اذا قدم زيد فانت طالق قبل
قدومه بشهر فمضى قبل قدومه شهر من حين اليمين ففيه وجهان
احدهما انها كالمسلة قبلها والثاني وهو قول اكثر اصحابنا انه لا يقع
الطلاق هاهنا قولا واحدا فان قال انت طالق قبل قدوم زيد بشهر
فقدم زيد لاكثر من شهر طلقت قبل ذلك بشهر وبه قال زفر وقال
ابو حنيفة وابو يوسف تطلق عند قدومه فان قال انت طالق في اليوم
الذي يقدم فيه زيد فماتت المراة في اول اليوم الذي قدم زيد في اخره
فقد اختلف اختلف اصحابنا فقال ابو بكر بن الحداد المصري يقع

الطلاق ومن اصحابنا من قال لا يقع فان قال ان لم اطلقك اليوم فانت طالق
اليوم ففيه وجهان احدهما لا تطلق والثاني انها تطلق وهو قول
الشيخ ابي حامد الاسفرايني رحمه الله فان تزوج بجارية ابيه ثم قال اذا
مات فانت طالق فمات ابوه ففيه وجهان احدهما وهو قول ابي العباس
بن سريج انها لا تطلق والثاني وهو قول ابي حامد الاسفرايني انها
تطلق ولا يقع الفسخ فان قال ان قدم فلان فانت طالق فقدم به ميتا
او محمولا مكرها لم تطلق وان اكره حتى قدم بنفسه ففيه قولان كالقولين
فيمن اكره حتى اكل في الصوم وان قدم مختارا غير عالم باليمين فان كان
ممن لا يقصد الزوج منعه من القدوم كالسلطان حنث في يمينه وان
كان ممن يقصد الزوج منعه بيمينه فعلى القولين فيمن فعل المحلوف
عليه ناسيا فان قال ان خرجت الا باذني فانت طالق فخرجت باذنه
انحلت يمينه فان خرجت بعد ذلك بغير اذنه لم تطلق وقال ابو حنيفة
تطلق فان اذن لها ولم تعلم فخرجت لم يقع الطلاق وبه قال ابو يوسف
وقال ابو حنيفة ومالك ومحمد تحنث فان قال ان خرجت الى غير الحمام
بغير اذني فانت طالق فان خرجت الى الحمام والى غيره تنويهما جميعا
ففيه وجهان احدهما انه لا يحنث ذكره الشيخ ابو حامد والثاني انه يحنث
وهو الاصح فان قال ان كلمتك فانت طالق فاعلمي ذلك طلقت ومن
اصحابنا من قال ان وصل ذلك باليمين لم تطلق فان قال طالق لها انت
ان شئت فقالت في الحال شئت طلقت وان قال ان شاء زيد فانت طالق

فشا وهو سكران فعلى ما ذكرنا في طلاق السكران وان شا وهو صبي
ففيه وجهان احدهما انها تطلق والثاني انها لا تطلق فان كان زيد
ناطقا فخرس فاشار بالمشيئة ففيه وجهان احدهما انه لا يحنث وهو
اختيار الشيخ ابي حامد والثاني وهو الصحيح انه يحنث كما لو كان اخرس
عند اليمين فان قال لزوجته الصغيرة انت طالق ان شئت فقالت
قد شئت قال ابن الحداد لم يقع الطلاق ومن اصحابنا من قال يقع الطلاق
فان قال للبالغة انت طالق ان شئت فقالت قد شئت وكانت كاذبة
فهل يقع الطلاق في الباطن على الوجهين وذكر في الحاوي
انه اذا قال لامراته انت طالق ان شئت فقالت قد شئت فقال قد
شئت ففيه وجهان اظهرهما انه لا يقع الطلاق والثاني انه يقع
فان قال انت طالق لرضا فلان وقال اردت به ان رضي فلان على سبيل
الشرط دين فيما بينه وبين الله تعالى وهل يقبل في الحكم فيه وجهان
احدهما انه لا يقبل والثاني يقبل فان قال ان دخلتما هاتين الدارين
فانتما طالقان فدخلت احداهما احدى الدارين ودخلت الاخرى الدار
الاخرى لم تطلق واحدة منهما في اصح الوجهين فان قال انت طالق ان
دخلت الدار او انت طالق ان شا الله وكان يعرف النحو طلقت فان لم يكن
ممن يعرف الاعراب وقال قصدت به الشرط فانه يكون شرطا كذا
ذكره القاضي ابو الطيب رحمه الله فان قال ان كلمتني فانت طالق فكلمته
وهو اصم بحيث يسمع لو كان سميعا ففيه وجهان احدهما انه يحنث والثاني

انه لا يحنث وقال ابو اسحق وهو الاصح وان كلمته بالاشارة فهل يحنث فيه وجهان
احدهما انه لا يحنث والثاني انه يحنث وان كلمت حايطا كلاما لم يسمعه الا
هو حنث في احد الوجهين كما لو كلم رجلا لم يسمعه وهذا ليس بشي وفي
الثاني انه لا يحنث لان الحايط لا يتكلم كما لو كلمت نايما او مغمى عليه فان قال
ان دخلت الدار فانت طالق لم تطلق حتى تدخل الدار وقال محمد يقع
الطلاق في الحال اذا قال انت طالق لو دخلت الدار فمن اصحابنا من قال يقع
الطلاق وحكي عن ابي يوسف انه قال يكون شرطا بمنزلة ان ويصير عندنا
كانه اراد ان يجعله يمينا ولم يجعله فان قال لامراته ان امرتك بامر
فخالفته فانت طالق ثم قال ان لم تصعدي السما فانت طالق كان في
طلاقها وجهان احدهما انها تطلق والثاني لا تطلق وهو الاصح قال
قال ان كنت املك اكثر من مايه فانت طالق فهذه اليمين تقتضي
نفي الزيادة على مايه وهل يقتضي اثبات المايه فيه وجهان فان
قال ان كنت انت طالق مريضه لم يقع الطلاق الا اذا مرضت وان قال
انت طالق مريضه لم يقع الا في المرض وذكر البندنيجي انه ان كان من اهل
الاعراب وقع الطلاق في الحال لانه ليس بحال ولا فرق بين ان تكون
صحيحة او مريضه قال الشيخ ابو نصر رحمه الله وهذا ليس بصحيح لان مريضه
نكرة لا يحتمل ان يكون صفة فلا بد ان يكون حالا وانما الحن في الاعراب
فان قال اذا وقع عليك طلاقي فانت طالق قبله ثلاثا ثم قال لها انت طالق
لم يقع عليها الطلاق في اصح الوجوه والثاني انه يقع عليها ما باشره والثالث

انه يقع عليها ما باشره وتمام الثلث من المعلق عليه وهو قول ابي عبد الله الحسين
وهو قول ابي حنيفه فان حلف على امراته بالطلاق ان لا يفعل شيا
وان اراد ان يفعله ولا يحنث فقال كلما وقع على امراتي طلاقي فهي طالق
قبله ثلثا ففيه وجهان احدهما انه يحنث اذا فعله والثاني انه لا يحنث
وهو الاصح اذا علق طلاق امراته على صفة في عين او غيرها ثم بانت
منه ثم تزوجها قبل وجوب الصفة ففيه ثلثة اقوال احدها انه لا يعود
حكم الصفة وهو اختيار المزني والثاني انها تعود ويقع بها الطلاق وهو
الاصح والثالث انها ان بانت بما دون الثلث عاد حكم الصفة وان بانت بالثلث
لم يعد وهو قول ابي حنيفه وان علق عتق عبد بصفة ثم باعه ثم اشتراه
قبل وجود الصفة ففيه وجهان احدهما ان حكمه حكم الزوجة اذا بانت
بما دون الثلث انها كالباين بالثلث وان علق الطلاق على صفة ثم ابانها ووجدت
الصفة في حال البينونة انحلت الصفة فان تزوجها لم تعد الصفة وقال ابو
سعيد الاصطخري لا تنحل الصفة والمذهب الاول فان قال اذا حلفت بطلاقك
فانت طالق ثم قال لها اذا قدم الحاج فانت طالق او اذا دخل الشهر الفلاني
فانت طالق لم يحنث في يمينه الاولة وقال ابو حنيفه واحمد ذلك يمين يحنث
به فان قال ان ولدت فانت طالق فقالت قد ولدت فحكي القاضي ابو الطيب
رحمه الله ان اصحابنا قالوا القول قولها كالحيض وكذا قال ابو حنيفه فانه قال
ابو حنيفه فانه قال اذا اصدقها على الحبل وقالت قد وضعت وقع الطلاق
ولو لم يصدقها على الحبل لم يقبل قولها فان شهدت امراة بنت الولادة

ولا يقع الطلاق وذكر الشيخ ابو حامد انه لا يقبل قولها الا ببينه وحكى هذا عن ابي يوسف ومحمد والاول اظهر فان قال انت طالق من واحدة الى ثلث ففيه وجهان احدهما انه يقع اثنتان وبه قال زفر والثاني انه يقع ثنتان وبه قال ابو حنيفه وقال ابو يوسف ومحمد يقع ثلث واذا قال انت طالق طلقة حسنة او عدلة فهو عبارة عن طلاق السنة وبه قال محمد بن الحسن اذا وصف الطلاق بصفة لغت ووقعت الطلقة في الحال وحكي عن داود انه قال لا يصح تعليق الطلاق على شرط

باب الشك في الطلاق واختلاف الزوجين

اذا شك في عدد الطلاق بنى الامر على الاقل وهو قول ابي حنيفه وقال مالك يلزمه الاكثر اذا طلق احدى امراتيه لا بعينها اخذ بتعيينها وهل يصح التعيين بالوطي فيه وجهان احدهما لا يصح وهو قول ابي علي بن ابي هريرة والثاني يصح وهو قول ابي اسحق واختيار المزني وهو الصحيح وهو قول ابي حنيفه وفي وقت العدة وجهان احدهما من حين التلفظ بالطلاق والثاني من حين التعيين وهو قول ابي علي بن ابي هريرة فان مات الزوج قبل التعيين وقال الوارث انا اعرف الزوجه منهما ففيه قولان احدهما انه يرجع اليه وهو قول احمد الا انه قال يمين ونهن بالقرعة والثاني انه يرجع اليه واختلف في موضع القولين وقال ابو اسحق القولان فيمن علق طلاقها ثم اشكلت وفيمن طلقها من غير تعيين ومنهم من قال القولان

في الطلاق المعين اذا اشكل واما المطلق فقولا واحدا لا يرجع اليه وان ماتت احدهما ثم مات الزوج قبل البيان عزل من تركة الاولة سهم زوج ومن تركة الزوج سهم زوجة يكون موقوفا فان قال وارث الميتة هي المطلقة فلا ميراث للزوج وقالت الباقية انا الزوجة فلي الميراث ففيه قولان احدهما انه يرجع الى بيان الوارث فيحلف لورثة الميتة انه لا يعلم انه طلقها ويستحق من تركتها ميراث زوج ويحلف للباقية انه طلقها ويسقط ميراثها من الزوج والثاني انه لا يرجع الى بيان الوارث فيكون ما عزل من الاولة موقوفا حتى يصطلح عليه وارث الزوجة وما عزل من تركة الزوج يكون موقوفا بين ورثة الزوج وبين الباقية حتى يصطلحوا فان قال ان كان هذا الطاير غرابا فنساي طوالق وان لم يكن غرابا فاماي حراير وطار الطاير ولم يعرف حاله وقف عن الجميع الى ان يتبين فان اراد السيد ان يستخدم الاما وينفق عليهن واذن يكتسبن لانفسهن وينفق من كسبهن فيه وجهان احدهما انه يغلب قول السيد والثاني انه يقدم قولهن فان مات قبل البيان فهل يرجع الى الورثة فيه وجهان ومتى تعذر البيان اقرع بين الاما والنسا التمييز الحرية فان خرجت القرعة على الاما عتقن وبقي النسا على الزوجية وان خرجت القرعة على النسا رق الاما ولم نطلق النسا وقال ابو ثور نطلق النسا وحكى الشيخ ابو نصر رحمه الله الا انه لا نطلق النسا وهل يرق الاما فيه وجهان احدهما انه يحكم برقهن والثاني لا يحكم برقهن ويبقين على الشك فان قلنا يحكم برقهن زال الشك وثبت

الميراث للشاعير ان الاولي ان لا ياخذن الميراث مع الشك وان قلنا لا
نوثر القرعة في الاما فللورثة ان نتصرفوا فيهن بالبيع والهبة والاستمتاع
لان الشك في عتقهن لا يمنع التصرف بخلاف الموروث فان قال رجل
ان كان هذا الطاير غرابا فنساي طوالق وقال اخر ان لم يكن غرابا فعبيدي
احرار ولم يعلم حال الطاير فملك كل واحد منهما بحاله فان اشتري
الزوج عبيد الاخر فكانا قد تكاذبا عتقوا وان لم يكونا قد تكاذبا ففيه
وجهان احدهما انهم يعتقون والثاني لا يعتقون وان طلق احداهما لا بعينها
فانه يطالب بالتعيين وحكي عن مالك انه قال يقع الطلاق علي الجميع وحكي
عن داود انه قال لا يقع علي واحدة منهما طلاق وقال احمد الوطي لا يكون الوطي
تعيينا ولا القول وانما التعيين بالقرعة وابتدا العدة من حين التعيين في احد
الوجهين وهو قول ابي حنيفة واصحابه وقال ابو حنيفة واصحابه وقال ابو
حنيفة اذا مات احديهما تعين الطلاق في الاخري وحكي في الحاوي وجهين
في وقت وقوع الطلاق احدهما من حين اللفظ والثاني من حين التعيين
وان اختلف الزوجان في نية الطلاق عند التخيير فقال ما نويت وقالت
نويت ففيه وجهان احدهما ان القول قول الزوج لان الاصل عدم الطلاق
وهو قول ابي سعيد الاصطخري والقول الثاني ان القول قول المراة فان
قال الزوج تلفظت بطلاقك وانا مجنون وقالت المراة بل طلقتني وانت
عاقل ففيه وجهان احدهما ان القول احدهما ان القول قول الزوج والثاني
ان القول قول المراة مع يمينها وان انكرت ان يكون قد جن فالقول قولها

وجها واحدا فان قال ان كان هذا الطاير غرابا فنساي طوالق وان لم يكن
غرابا فاماي حراير ثم كان الطاير غرابا طلق النسا فان كذبه الاما حلف
لهن وثبت رقهن وان نكل ردت اليمين عليهن وان حلفن عتقن وان كذبته
ولم يطلقن لبينه ففيه وجهان احدهما انه يحلف لحق الله تعالي والثاني
انه لا يحلف حتي يطلبن ولا يقع الطلاق في النكاح الفاسد وبه قال
ابو حنيفة وقال مالك واحمد يقع الطلاق في النكاح الفاسد المختلف فيه

باب الرجعة

اذا طلق الحر امراته طلقة او طلقتين او طلق العبد امراته طلقة بعد
الدخول ملك رجعتها في عدتها وتجوز ان يطلق الرجعية ويولي عنها ويظاهر
منها وهل يجوز ان يخالعها فيه قولان قال في الام يجوز وقال في الاملا لا يجوز
ولا يجوز ان يستمتع بها وبه قال عطا ومالك وقال ابو حنيفة يجوز الاستمتاع
بها وعن احمد روايتان فان وطيها ولم يراجعها حتي انقضت العدة لزمه
مهر المثل وان راجعها بعد الوطي فقد قال الشافعي رحمه الله في الرجعية
عليه المهر وقال في المرتد اذا وطي امراته في العدة ثم اسلم قبل انقضا العدة
لا مهر عليه واختلف اصحابنا في ذلك فقال ابو سعيد الاصطخري في المسلتين
قولان ينقل الجوابين وحمل ابو اسحق وابو العباس المسلتين علي ظاهرهما
وفرق بينهما ولا يصح الرجعة الا بالقول فان وطيها لم يكن ذلك رجعة وقال
ابو حنيفة واحمد يصح به الرجعة وقال مالك ان نوي به الرجعة كان رجعة
فان قال امسكتك ففيه وجهان احدهما وهو قول ابي سعيد

الاصطخري انه يصح والثاني انه لا يصح فان قال اخترت رجعتك واراد به الرجعة
في الحال وانه قد اختار بذلك عقدها ففيه وجهان احدهما انه يصح والثاني
لا يصح وان قال تزوجتك او انكحتك فهل تصح به الرجعة فيه وجهان
احدهما انه لا يصح والثاني يصح وفي وجوب شهاد على الرجعة قولان احدهما
تجب والثاني انه يستحب وهو الاصح وهو قول ابي حنيفة ومالك واحمد
في احدى الروايتين ولا يصح الرجعة في حال الردة وقال المزني هي موقوفة
فان اسلم صحت فان طلقها طلقة رجعية ثم غاب عنها وانقضت عدتها
وتزوجت وقدم الزوج فادعى انه راجعها قبل انقضا عدتها وثبت ذلك
فالنكاح الثاني باطل وهي زوجة الاول وقال مالك ان كان الثاني
قد دخل بها فهو احق بها وان لم يكن قد دخل بها فعنه روايتان احدهما
ان الثاني احق بها فان ادعى عليها الرجعة فاعترفت له لم يقبل قولها
على الزوج والثاني وهل يلزمها المهر كالو ارتدت ومنهم من قال تجب
عليهما المهر فان انكرته فهل تحلف على الوجهين فيه اذا افترقا
اذا كانت المطلقة امة وادعت انقضا العدة وقال الزوج كنت راجعتها
وصدقه المولى فكل موضع قلنا قول الزوج في حق الحرة قبل قوله هاهنا
وكل موضع قلنا ان القول قول المراة فالذي تجي على هذا المذهب ان القول
قول الزوج والسيد وهو قول ابي يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة ومالك
واحمد القول قولها فان بدا الزوج الاول فخاصم الثاني فكذبه ونكل
عن اليمين فردت اليمين عليه فحلف فان قلنا ان اليمين بعد النكول

كالبينة حكم بانه لم يكن بينهما نكاح فيجب مهر المثل ان كان قد دخل بها وان
كان قد دخل بها وان قلنا انه كالاقرار لم يقبل اقرارها في اسقاط حقها فان
كان قد دخل بها لزمه المسمى وان لم يكن قد دخل بها لزمه نصف المسمى ولا
تسلم المراة الى الزوج على القولين جميعا وان بدا بخصومة الزوجة فكذبته
فالقول قولها وهل تحلف على ذلك فيه قولان احدهما لا تحلف فان تزوجت
الرجعية في عدتها وحبلت من الزوج ووضعت وشرعت في اتمام العدة من
الاول فراجعها صحت الرجعة وان راجعها قبل الوضع ففيه وجهان احدهما
انها لا يصح والثاني يصح المطلقة ثلثا لا تحل للزوج حتى تنكح زوجا غيره ويطاها
وحكي عن سعيد بن المسيب انه قال لا يحتاج الى الوطي وحكي ذلك عن بعض
الخوارج ولا يحل الا بوطي في القبل في نكاح صحيح وبه قال مالك واحمد
وابو حنيفة وقال في القديم تحصل الاحلال بالوطي في نكاح فاسد فان وطيها
الزوج الثاني وهي حايض او صايمة او محرمة حصل به الاحلال وقال مالك
واحمد لا تحصل به الاحلال وتحصل الاحلال بوطي المراهق الذي يتلذذ بالجماع
وبه قال ابو حنيفة واحمد وقال مالك لا تحصل به الاحلال ووطي الذمي
في نكاحه تحلها للزوج الاول وحكي اصحابنا عن مالك انه لا تحلها اذا كانت
المطلقة امة فاشتراها مطلقها فهل تحل له وطيها بملك اليمين فيه
وجهان احدهما انها لا تحل له وهو المنصوص عليه في الظهار والثاني تحل
فان طلقها الزوج طلقة او طلقتين وبانت منه ثم تزوجت ودخل بها ثم

عادت الى الاول عادت اليه بما بقي من عدد الطلاق وبه قال مالك واحمد ومحمد بن الحسن وزفر وقال ابو حنيفه وابو يوسف يهدم وطي الزوج الثاني الطلقة والطلقتين فيعود بثلث طلقات

كتاب الايلاء

يصح الايلا من كل زوج بالغ عاقل قادر على الوطي فاما المجبوب والاشل الذكر ففيه قولان احدهما يصح ايلاوه والثاني قال في الام انه لا يصح فاما اذا كانت المراة رتقا او قرنا وآلى منها فقد قال اصحابنا فيه قولان كالمجبوب الا انا اذا قلنا يصح لم تضرب له المدة والصغيره يصح الايلا منها قولا واحدا ولا يضرب له المدة حتى يبلغ وقال ابو حنيفه يضرب المدة عقيب الايلا فان فا اليها بلسانه والابانت منه بانقضايها وكذا عنده اذا اشرف او غابت ويصح الايلا بالله عز وجل وهل يصح بالطلاق والعتاق والصوم والصلوه والصدقة فيه قولان قال في القديم لا يصح وقال في الجديد يصح وهو الصحيح وبه قال مالك وابو حنيفه فان قال ان وطيتك فسالم حر عن ظهاري وهو مظاهر فهو مولي وقال المزني لا يصير موليا وان قال ان وطيتك فعبدي حر عن ظهاري ان تظاهرت لم يكن موليا في الحال فان تظاهر بعد الوطي عتق العبد ولا تجزيه من الظهار وان تظاهر قبل الوطي صار موليا فمن اصحابنا من قال يحتمل ان يكون ما نقله المزني على قوله القديم وقال ابو اسحق وغيره هذا سهو في النقل وقال ابو حنيفه واصحابه لا يكون موليا فان

وطيها كان مخيرا بين عتق العبد وبين كفارة يمين فان اختار اعتق العبد عن كفارته فهل تجزيه عن ظهاره فيه وجهان فان قال ان وطيتك فلله علي ان اصلي كان موليا في الحكم وقال ابو حنيفه لا يكون موليا فان قال والله لا اقتضك ولم يقل بذكري ففيه وجهان احدهما انه صريح في الايلا والثاني انه صريح في الحكم ويدين في الباطن وهو الاصح فان قال والله لا باشرتك او لا مسستك او لا افضي اليك ففيه قولان قال في القديم هو مولي وهو قول احمد وقال في الجديد لا يكون موليا الا بالنية واختلف اصحابنا في قوله لا اصبتك او لا لمستك او لا غشيتك او لا باضعتك فمنهم من قال هو كقوله لا باشرتك او لا مسستك فيكون على قولين ومنهم من قال هو كقوله لا اجتمع راسي وراسك فان نوى به الوطي في الفرج فهو مولي وان لم يكن له نية فليس بمولي وقال ابو حنيفه قوله لا باضعتك صريح في الايلا ولا يصح الايلا الا على مدة تزيد على اربعة اشهر وبه قال مالك واحمد وابو ثور وروي عن ابن عباس رضي الله عنه وقال ابو حنيفه اذا حلف على ترك وطيها اربعة اشهر كان موليا وقال النخعي وابن ابي ليلى وقتاده والحسن وحماد واسحق اذا حلف لا يطاها يوما او يومين او اقل او اكثر كان موليا فاذا انقضت مدة الايلا كان للمراة ان تطالبه بالفية او الفرقة وبه قال مالك واحمد واسحق وابو ثور وابو عبيد وقال ابو حنيفه والثوري والاوزاعي ان المولي اذا لم يطاها في المدة وقع بمضيها طلقة باينة وحكي مثله عن ابي مسعود رضي

الله فان قال والله لا وطيتك اربعة اشهر فاذا مضت فوالله لا وطيتك اربعة
اشهر ففيه وجهان اصحهما انه ليس بمولي والثاني انه مولي فان قال
والله لا وطيتك سنة ثم قال والله لا وطيتك خمسة اشهر فهل تدخل
الخمسة في السنة فيه وجهان احدهما انها تدخل فيها كما لو تقدم ذكرها
والثاني انها لا تدخل فان قال ان وطيتك فوالله لا وطيتك ففيه
قولا قال في القديم يكون موليا في الحال وقال في الجديد لا يكون موليا في
الحال وقال في الجديد لا يكون موليا حتى يطاها فحينيذ يصير موليا فان
قال والله لا وطيتك سنة الا مرة فكان موليا في قوله القديم في الحال
وفي قوله الجديد لا يكون موليا حتى يطا مرة ثم يبقي بعد ذلك من السنة
مدة تزيد علي اربعة اشهر يصير موليا فان قال والله لا وطيتك حتى
تموتي او اموت كان موليا وكذا ان قال حتى يموت زيد ومن اصحابنا
من قال في موت زيد لا يكون موليا والمذهب الاول فان قال والله لا وطيتك
حتى تحبلي وهي من اهل ان يجوز ان تتعجل بلوغها فتحبل وتجوز
ان يتاخر بلوغها فلا تحبل فقد ذكر الشيخ ابو حامد انه يكون موليا
قال القاضي ابو الحسن الماوردي الصحيح عندي انه لا يكون موليا فان قال
والله لا وطيتك حتى تفطمي ولدك واراد به مدة الرضاع وبقي من الحولين
اكثر من اربعة اشهر كان موليا ومن اصحابنا من قال هذا يختلف باختلاف
حاله دون ارادته فان كان الولد طفلا لا يجوز قطع رضاعه قبل اربعة اشهر
كان موليا وان كان مشتدا يجوز رضاعه قبل اربعة اشهر بل يكون

والاول اصح وهو قول ابن سريج لان قطعها للرضاعة ممكن فان لم يجد
في الشرع فان قال والله لا وطيتك حتى يجي المطر فمن اصحابنا من جعله
في اول النصف بمنزلة الثلج يكون موليا ومن اصحابنا من قال لا يكون موليا
بخلاف الثلج لان المطر قد يجي في النصف فان قال والله لا وطيتك حتى
ابيع عبدي ففيه وجهان احدهما انه لا يكون موليا فان طرا الحيض في
اثنا المدة احتسبت المدة وان طرا النفاس ففيه وجهان احدهما انهما لا
يحتسب لكونه نادرا وان حبس حسبت عليه وحكي المزني قولا اخر انه
لا يحتسب عليه وقيل يحتسب عليه اذا كان بحق ولا يحتسب عليه اذا كان بغير
حق فان استدخلت ذكره وهو نايم لم يحنث في يمينه وهل يتخلص
به من الايلا فيه وجهان احدهما انه يتخلص ويسقط المدة وان وطيها وهو
مجنون لم يحنث وهل يسقط حقها فيه وجهان ظاهر المذهب
انه يسقط والثاني وهو قول المزني انه لا يسقط فان وطيها في الفرج
تخلص من الايلا وهل تجب عليه الكفارة فيه قولان قال في القديم لا كفارة
عليه وقال في الجديد عليه الكفارة وهو قول ابي حنيفة ومالك واحمد
وهو الاصح واختلف اصحابنا في موضع القولين فمنهم من قال القولان فيمن
جامع وقت المطالبة فاما اذا وطي في مدة التربص فانه تجب عليه الكفارة
قولا واحدا ومنهم من قال القولان في الحالين فان كان الايلا بالطلاق الثلث
طلقت اذا وطيها وهل يمنع من الوطي فيه وجهان احدهما وهو قول
ابي علي بن خيران انه يمنع من وطيها والمذهب انه لا يمنع فعلي هذا لا يزيد علي

تغيب الحشفة في الفرج فان زاد على ذلك واستدام لم يجب عليه الحد وهل
يجب عليه المهر فيه وجهان احدهما يجب عليه كما يجب الكفارة باستدامة
الجماع بعد طلوع الفجر في الصوم والثاني لا يجب وان نزع ثم عاد واولج مع
علمه بالتحريم ففي وجوب الحد وجهان احدهما يجب والثاني لا يجب الحد
لان الايلا حين وطي ولجد وان كان الزوج جاهلا بالتحريم والمراة عالمة
ففي وجوب الحد عليها وجهان احدهما انه لا يجب فعلى هذا لا يجب لها
المهر وان امتنع من الطلاق والفية ففيه قولان قال في القديم
لا يطلق عليه الحاكم وانما يحبسه حتى يطلق او يفي اليها وقال في
الجديد يطلق عليه الحاكم فان طلق الحاكم ثم طلق الزوج بعد
طلاق الحاكم ففيه وجهان اصحهما انهما يقعان والثاني ان طلاق
الزوج لا يقع وان طلق الزوج والحاكم في حالة واحدة وقع طلاق الزوج وفي
وقوع طلاق الحاكم وجهان احدهما وهو قول ابي علي بن ابي هريرة
انه يقع والثاني انه لا يقع وتكون الطلقة التي يوقعها الحاكم
رجعية وقال ابو ثور يكون طلقة باينة فان راجعها والمدة باقية
ضربت له المدة ثانيا فاذا انقضت المدة طولب بالفية وعلى هذا حتى
يستوفي الثلث او يطا فان انقضت المدة وهناك عذر من جهته يمنع
الوطي كالمرض والحبس بغير حق فانه يفي فيه معذور فيقول لو قدرت
لفيت واذا قدرت فعلت وقال ابو ثور لا يلزمه الفية باللسان فاذا زال
عذره لزمه الوطي وحكي في الحاوي عن ابي حنيفة انه لا يلزمه فان انقضت

المدة وهو محرم ولم يطا ولم يطلق ففيه وجهان احدهما انه يقتصر منه
على فيه معذور الى ان يتحلل والثاني انه لا يقتصر منه على ذلك وهو
ظاهر النص فان انقضت المدة وهو مظاهر وقال امهلوني حتى اكفر
بالصيام لم يمهل فان اراد ان يطاها قبل ان يكفر وقالت المراة لا
امكنك من الوطي لاني محرمة عليك فقد ذكر الشيخ ابو حامد رحمه
الله ليس لها ان تمتنع وقال ابو اسحق الشيرازي رحمه الله وعندي ان
لها ان تمتنع والقاضي ابو الطيب رحمه الله حكى في ذلك وجهين في
المجرد والشيخ ابو نصر قال اصحهما انه يجوز لها تمكينه فان انقضت
المدة فادعى انه عاجز ولم يكن قد عرف حاله انه عنين ام قادر على الوطي
ففيه وجهان احدهما وهو ظاهر النص انه يقبل قوله والثاني انه
لا يقبل قوله ولا فرق في الايلا بين حال الغضب وحال الرضا وقال
مالك اذا كان الاصلاح لم يكن ايلا مثل ان يحلف لاجل الله وحكي عن ابن
عباس انه قال انما الايلا في الغضب فان حلف فقال والله لا قربتكن
فانه يكون موليا عن جميعهن قال المزني اصل قوله ان لا يكون موليا
عن واحدة منهن حتى يطا ثلثا واختلف اصحابنا فقال ابو اسحق المذهب
ما قاله المزني انه لا يكون موليا عن واحدة منهن حتى يطا ثلثا فيكون
موليا عن الرابعة ومن اصحابنا من قال انما قال على قوله القديم ان ما تقرب
من الحنث يكون به موليا قال القاضي ابو الطيب هذا ليس بصحيح ومن
اصحابنا من قال مذهبه في الجديد على ظاهره فيكون موليا من الكل

وهو قول ابي حنيفة واحمد الا ما رواه الحسن بن زياد عن ابي حنيفة انه يكون موليا
حتى يطا ثلثا منهن والاظهر انه لا يكون موليا فرع الشافعي رحمه الله
على هذه المسئلة اذا وطي اثنتين منهن خرج من حكم الايلا منهما
فكان موليا في الباقيتين وهذا بنا على ظاهر كلامه وقال ابو الحسن
ومن بعده كلامه متاول ومعناه اذا وطي اثنتين فقد خرجنا من
حصول الحنث بوطيها وكان موليا من الباقيتين تعني انه يجوز ان يكون
موليا من كل واحدة منهما فان قال والله لا وطيت كل واحدة منكن
فقد قال الشيخ ابو حامد رحمه الله يكون موليا من كلهن ومن كل واحدة
منهن واذا وطي واحدة منهن حنث فيها ويبقى موليا في الباقيات
بخلاف قوله الا وطيت واحدة منكن وحكى القاضي ابو الطيب رحمه الله
هذا في المجرد عن ابي علي الطبري وقال ان ابا اسحق وابا علي اطلقا
الجواب وقالا اذا وقع الحنث سقط الايلا في الباقيات وهذا
ظاهر كلام الشافعي رحمه الله قال الشيخ ابو نصر رحمه الله وهذه
الطريقة الصحيحة فان حلف على امراة اجنبية ان لا يطاها العقد
بيمينه فان تزوجها فهل يصير موليا فقد ذكر القاضي ابو الطيب
رحمه الله في التعليق انه يصير موليا تضرب له المدة ثم قال ينبغي ان يكون
فيها قول اخر انه لا يكون موليا قال الشيخ ابو نصر رحمه الله الذي يجي
على اصل الشافعي انه لا يكون موليا قولا واحدا وهو مذهب ابي حنيفة
واحمد اذا قصد الاضرار بها لزوال الاعذار ضربت له المدة والحر والعبد

في مدة الايلا سوا وهو قول احمد في احدى الروايتين عنه وقال مالك وابو
حنيفة تختلف مدة الايلا بالرق والحرية الا ان مالكا يقول الاعتبار بالزوج
وابو حنيفة يقول الاعتبار بالمراة وهو الرواية الاخرى عن احمد والايلا
من الرجعية صحيح ولا تحتسب المدة حتى يراجعها وقال ابو حنيفة واحمد
مدة العدة تحتسب من مدة الايلا فان طلب المولى ان يمهل بعد انقضا
مدة الايلا ثلثا ففيه قولان احدهما انه يمهل ثلثا والثاني انه لا يمهل
واختاره المزني فان ادعى بعد انقضا المدة العجز عن الوطي فالقول
قوله مع يمينه فان طلبت المراة ضرب مدة العنة له ضربت نص عليه
الشافعي وحكي عن ابن ابي هريرة انه قال يتعين عليه اذا اقر بالعجز ان يطلق
ايلا الكافر وهو قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا يصح ايلاوه
بالله ويصح بالطلاق والعتق وقال مالك لا يصح يعني انه اذا اسلم لا يوقف
فيطالب بالعنة او الطلاق فان قال والله لا وطيتك ثم قال والله
لا وطيتك وقصد الاستيناف فوطي فقد نص في الجديد والقديم على انه
تجب عليه كفارة واحدة وقال في بعض كتبه تجب عليه كفارتان
فان كانت اليمينان مختلفتين بان يحلف على مدتين مختلفتين بان قال
والله لا وطيتك خمسة اشهر ثم قال والله لا وطيتك سنة ثم وطي فقد
اختلف اصحابنا فمنهم من قال هو كالمتفقتين وفيها قولان ومنهم من قال
تجب كفارتان قولا واحدا

باب الظهار

يصح الظهار من كل زوج مكلف مسلما كان او كافرا حرا كان او عبدا وبه

قال احمد وقال ابو حنيفة ومالك لا يصح ظهار الذمي وحكي عن بعض الناس انه قال
لا يصح ظهار العبد وحكاه في الحاوي عن مالك ويصح ظهار الرجعية ولا يصير
عايدا بترك الطلاق فيها فان راجعها فهل يصير عايدا بنفس الرجعة فنص
فيه قولان قال في الام لا يصير عايدا وقال في الاملا لا يكون عايدا
حتى يمسكها بعد الرجعة زمانا يمكنه ان يطلق فان لم يراجعها حتى
انقضت عدتها ثم عاد وتزوجها فهل يعود حكم الظهار يبنى على الاقوال
في عود صفة الطلاق في النكاح الثاني بعد البينونة فان قلنا يعود
فهل يصير عايدا بنفس النكاح فيه وجهان بنا على القولين فان تظاهر
منها وهي امة ثم اشتراها عقيب الظهار بان كان سيدها حاضرا
فاوجب له فهل يصير عايدا فيه وجهان فان اعتقها وتزوجها فهل يعود
حكم الظهار يبنى على الطريقين في عود صفة اليمين في النكاح الثاني
بعد الفسخ هل تجري مجرى عوده بعد الثلث او مجرى عوده قبلها فان
قلنا يعود حكم الظهار فهل يصير عالما عايدا بنفس العقد على الوجهين
وحكم ظهار السكران حكم طلاقه وقد بيناه فان تظاهر من امراته
ثم تركها اكثر من اربعة اشهر فهو مظاهر ولا ايلا عليه وبه
قال ابو حنيفة وقال مالك يكون موليا ولا يصح الظهار من امته وبه قال
ابو حنيفة واحمد واسحق وقال مالك والثوري يصح الظهار من كل امة مباحة
فان قال انت علي كظهر امي كان مظاهرا وان قال انت علي كظهر اختي
او عمتي ففيه قولان قال في القديم ليس بظهار وبه قال ابو حنيفة وقال

في الجديد وهو الصحيح انه ظهار فان قال انت علي كيد امي او كفرج امي وغيره
من الاعضا صار مظاهرا على المنصوص وبه قال مالك واحمد ومن اصحابنا
من قال هو على القولين في العمة وقال ابو حنيفة ان شبهها بعضو
يحرم النظر اليه من الام كالفرج والفخذ صار مظاهرا وان كان لا
يحرم النظر اليه كالراس والوجه لم يصر مظاهرا فان قال انت علي
كروح امي فقال ابو علي بن ابي هريرة لا يكون ظهارا لا صريحا ولا
كناية وحكي عن الداركي انه قال يكون ظهارا وفيه وجه ثالث
انه كناية في الظهار يكون ظهارا بالنية وان قال انت علي كنفس امي ففيه
وجهان احدهما انه صريح في الظهار والثاني انه كناية فيه فان قال انت
علي كامي او مثل امي واطلق لم يكن ظهارا وبه قال ابو حنيفة وقال
مالك واحمد ومحمد بن الحسن يكون ظهارا وان قال انت علي مثل ابي لم
يكن مظاهرا وقال مالك واحمد ومحمد بن الحسن يكون ظهارا وان
قال انت علي مثل ابني لم يكن ظهارا وقال ابو القاسم اذا شبهها بظهر
ابيه او غلامه كان مظاهرا وقال احمد في احد الروايتين بالمحرمين من
الرجال كان مظاهرا فان شبهها بامراة كانت حلالا له ثم حرمت عليه
بلعان او رضاع او مصاهرة لم يكن مظاهرا وقال مالك واحمد يكون
مظاهرا وان شبهها باجنبية ليست محرمة عليه على التابيد لم يكن
مظاهرا وقال اصحاب مالك ان شبهها بظهرها كان مظاهرا وان
شبهها بغيره لم يكن مظاهرا فمنهم من يقول هو ظهار ومنهم

من يقول هو طلاق فان قالت المراة لزوجها انت علي كظهر امي لم يصح و قال
الحسن البصري والنخعي يكون مظاهرة منه كالرجل ويلزمها الكفارة
بالعود وقال الاوزاعي لا يكون مظاهرة من زوجها ولكنها اذا قالت
ذلك لاجنبي لزمها الكفارة اذا تزوجته وقال ابو يوسف تجب عليها
كفارة يمين فان قال انت علي حرام كظهر امي وقال نويت بقولي
حرام الطلاق ففيه قولان احدهما انه يكون طلاقا وبه قال ابو يوسف
ومحمد الا ان ابا يوسف قال لا اقبل قوله في نفي الظهار والثاني انه يكون
ظهارا وهو قول ابي حنيفة وان قال اردت بقولي حرام تحريم عينها الذي
يتعلق به كفارة يمين ففيه وجهان احدهما يقبل قال الشيخ الامام ابي
حامد وهو المذهب والثاني لا يقبل فان قال انت علي كظهر امي طالق
ولم يكن له نية في وقوع الطلاق وجهان احدهما انه لا يقع به طلاق
والثاني انه صريح في الطلاق قال ابن الحداد فان قال لامراته انت علي حرام
ثم قال اردت بها الطلاق والظهار قيل له اختر ايهما شئت وخالفه
بعض اصحابنا وقال يكون طلاقا فان قال لامراته انت علي كظهر امي
ثم قال للاخرى اشركتك معها ونوى الظهار كان مظاهرا عنها
وان لم ينوه لم يكن مظاهرا وقال مالك واحمد يكون مظاهرا بكل حال
فان قال لامراته انت علي كظهر امي ان شاء الله لم يكن مظاهرا كالطلاق وحكي
عن الشيخ ابو حامد رحمه الله انه ذكر في القديم قولين احدهما يكون مظاهرا
قال الشيخ ابو نصر رحمه الله وهذا لا يجي على اصله ويصح الظهار المؤقت

كقوله انت علي كظهر امي شهرا وبه قال ابو حنيفه واحمد وقال في موضع اخر
لا يكون مظاهرا ويسقط التاقيت فاذا قلنا يكون مظاهرا فاذا مضى
زمانه زال الظهار الا انه لم يطلقها عقيب الظهار وامسكها في الشهر
فهل يكون عودا ظاهرا والثاني انه لا يصير عايدا وانما تجب الكفارة عليه
بالوطي ومن اصحابنا من قال يصير عايدا والاول اظهر فاذا قلنا لا يكون فوطي
في المدة هل تجب عليه الكفاره فيه وجهان احدهما ان عليه كفارة
يمين والثاني وهو الاصح انه لا كفارة عليه فان قال لامراته ان تظاهرت
من فلانة فانت علي كظهر امي ثم قال للاجنبية انت علي كظهر
امي لم يصر مظاهرا من امراته فان تزوج الاجنبية ثم تظاهر منها
فهل يصير متظاهرا من الاولة فيه وجهان احدهما انه لا يصير مظاهرا
والثاني يصير مظاهرا وصفة العود عندنا ان يمسكها زمانا يمكنه ان يطلقها
فلا يطلق فتجب عليه الكفارة فان طلقها عقيب الظهار لم تجب عليه كفارة
وقال مجاهد والثوري تجب الكفارة بنفس الظهار والمراد بالعود
في الاية العود اليه في الاسلام وقال داود تجب الكفارة بتكرار لفظ
الظهار وقال الحسن البصري وطاوس والزهري العود الوطي وقال مالك
واحمد العود العزم على الوطي وقال مالك لو مات بعد العزم على الوطي يسقط
الكفارة وان كان قد وجبت وقال ابو حنيفه الكفارة شرط في اباحة
الوطي وليست واجبة عليه فان وطي قبل ان يكفر فقد فعل محرما
ولا تجب عليه كفارة اخرى ولا يحل له الوطي ثانيا حتى يكفر فاما التلذذ

بالقبلة واللمس ففيه قولان وقيل وجهان احدهما انه لا تحرم وهو احدى الروايتين
عن احمد والثاني تحرم وبه قال ابو حنيفة ومالك والرواية الثانية عن احمد فان
وطي قبل التكفير اثم والكفارة واجبة وحكي عن بعض الناس قبل
عن الزهري وسعيد بن جبير انه قال تسقط الكفارة بفوات وقتها
وقال مجاهد بن جبير تجب بالوطي كفارة اخرى ويروى ذلك عن عمرو
بن العاص فان وطي المظاهرة عنها في ليالي الصيام في الكفارة لم ينقطع
تتابع صومه وكذا بالنهار ناسيا وبه قال ابو يوسف واحدى الروايتين
عن احمد وقال ابو حنيفة ومحمد بن الحسن ومالك واحدى الروايتين
عن احمد انه ينقطع تتابع صومه كيف ما وطي فان تظاهر عن امرأته
ثم عقيب الظهار ابتدأ باللعان فهل يصير عائدا اختلف اصحابنا فيه فمنهم
من قال يصير عائدا ومنهم من قال لا يصير عائدا وان قذفها عقيب الظهار
فالمذهب انه يصير عائدا وحكى المزني في الجامع الكبير انه لا يكون
عائدا قال ابو العباس بن سريج لا يعرف هذا الشافعي رحمه الله فان
اسلمت المرأة عقيب الظهار فان كان قبل الدخول لم تجب عليه الكفارة
فان كان بعد الدخول لم يصر عائدا ما دامت في العدة فان اسلم الزوج
قبل انقضاء العدة ففيه وجهان احدهما انه لا يصير عائدا والثاني
يصير عائدا فان كانت الزوجة امة فاشتراها عقيب الظهار ففيه
وجهان احدهما ان الملك عود والثاني انه ليس بعود فان تظاهر من اربع
نسوة بكلمة واحدة لزمه اربع كفارات في اصح القولين وهو قول

ابي حنيفة وقال في القديم تجب عليه كفارة واحدة وان تكرر لفظ الظهار
وقصد الاستئناف وجبت عليه كفارتان في قوله الجديد وقال في
القديم تجب عليه كفارة واحدة وان لم ينو شيئا فقد قال بعض اصحابنا
حكمه حكم ما لو قصد التأكيد فيجب كفارة واحدة ومنهم من قال
حكمه حكم ما لو قصد الاستئناف وحكي في الحاوي انه اذا كرر
لفظ الظهار خمس مرات فقد قال اكثر اصحابنا انه يكون مظاهرا
خمس مرات ومن اصحابنا من قال اللفظ الثاني عود في الاول ولا يكون
ظهارا والثالث ظهار والرابع عود فيه والخامس ظهار والاول اصح انه
يصير مظاهرا وعائدا وفيما يلزمه من الكفارة قولان قوله القديم
انه يلزمه كفارة واحدة وتتداخل وقوله الجديد انه يلزمه لكل
ظهار كفارة فيلزمه على ظاهر مذهب الشافعي رحمه الله خمس كفارات
وعلى قوله الاخر ثلث كفارات ٥ ٥ ٥ ٥ ٥

باب كفارة الظهار ٥

تجب على المظاهر عتق رقبة اذا كان قادرا عليها فان كان له رقبة تحتاج
اليها للخدمة لكبر او زمانة لم تجب عليه صرفها في الكفارة وبه قال احمد
وان كان يقدر على خدمة نفسه الا انه ممن لا يخدم نفسه في العادة كذي
الجاه والسلطان لم يلزمه اعتاقه وان كان من اوساط الناس كالتجار واسبابهم
فيه وجهان احدهما لا يلزمه اعتاق خادمه والثاني انه يلزمه وقال ابو حنيفة

ومالك والاوزاعي تجب عليه صرفها في الكفارة وان كان محتاجا اليها فان
كان له مال غايب وعليه ضرر في تاخير التكفير بالصوم بان يكون في
الظهار ففيه وجهان احدهما انه لا يكفر بالصوم والثاني انه
يكفر به وهو قول ابي حنيفة بكل حال وان اختلف حاله من حين
وجوب الكفارة الى حين الادا ففيه ثلثة اقوال احدها انه يعتبر حال
الادا وهو قول ابي حنيفة ومالك والثاني انه يعتبر حال الوجوب وهو
قول احمد والثالث انه يعتبر اغلظ الحالين ولا تجزي في شي من الكفارات
الا رقبة مومنة وبه قال مالك واحمد واسحق وقال ابو حنيفة والاوزاعي
والثوري تجزيه الكافرة في غير القتل وحكي ذلك عن بعض النخعي
وعطا وتجزيه الصغيرة وحكي عن بعض الناس انه لا تجزيه وينسب ذلك
الى احمد وحكي عن مالك انه قال لا تجزي حتى تصلي وتصوم بعد
البلوغ والخرسا اذا عرف لها ايمانها تجزي وقال في القديم لا تجزي
فمن اصحابنا من جعلها على قولين ومنهم من قال اراد به اذا كان بها صمم
وقال مالك لا تجزي فان كانت الامة الخرسا متولدة بين كافرين فاشارة
بالاسلام اشارة مفهومة فقد قال الشافعي تجزي وقال في موضع اخر
اذا اشارت وصلت اجزاه فمن اصحابنا من جعل صلوتها شرطا ومنهم
من جعلها تاكيدا فاما المرتد اذا كان عليه كفارة فاعتق في حال ردته
وقلنا ان ملكه زايل فقد حكي في الحاوي في اجزايه وجهين وذكر ان
اصحهما انه تجزي وعندي ان الاصح انه لا تجزي وذكر انه يصح منه التكفير

بالعتق وهل يصح منه بالاطعام اذا كان من اهل الاطعام فيه وجهان ولا
تجزي الا رقبة سليمة من العيوب المضرة بالعمل ضررا بينا فلا تجزي العميا وقال
داود تجزي لعموم الاية ولا تجزي مقطوع احد اليدين واحدى الرجلين وقال
ابو حنيفة تجزي حتى قال لو كانت مقطوعة احدى اليدين واحدى الرجلين
من خلاف لاجزات وتجزي مقطوع الاذنين وبه قال ابو حنيفة وقال مالك
وزفر لا تجزي اذا كان تجن في زمان ويفيق في زمان وكان زمان افاقته
اكثر ففي اجزايه وجهان وتجزي ولد الزنا وحكي عن الزهري والاوزاعي
انهما قالا لا تجزي وان كان له عبد غايب لا يعرف خبره فظاهر قوله
هاهنا انه لا تجزي وقال في زكوة الفطر تجب زكوة الفطر عليه
بسببه فمن اصحابنا من جعل المسلتين على قولين بنقل الجوابين ومنهم
من فرق بينهما ولا تجزي عتق المكاتب وام الولد عن الكفارة وبه قال مالك
والثوري والاوزاعي وابو عبيد وهو احدى الروايتين عن احمد في المكاتب وقال
ابو حنيفة ان كان قد ادى شيا من نجوم كتابته شيا لم تجز وان لم يود شيا اجزاه
وبه قال الليث وروي عن احمد وقال ابو ثور تجزي ادى او لم يود وحكي عن
طاوس وعثمان البتي ان عتق ام الولد تجزي عن الكفارة ايضا وان اشترى من
يعتق عليه بالقرابة ونوا عند الشرا اعتقه عن الكفارة لم تجزه وبه
قال مالك واحمد وقال ابو حنيفة تجزيه فان اشترى عبدا بشرط ان يعتقه
ثم اعتقه عن كفارته لم تجزه فان كان مظاهرا فقال لامراته وله عبدان وطيتك
فعلي ان اعتق عبدا عن كفارة الظهار فوطيها ثم اعتق العبد عن الظهار

فهل تجزيه فيه وجهان احدهما وهو قول ابي علي بن ابي هريرة انه لا تجزيه والثاني
وهو قول ابي اسحق انه تجزيه وهو المذهب فان كان بينه وبين غيره
عبد وهو موسر فاعتق نصيبه ونوى عتق جميعه عن الكفارة اجزاه
قال اصحابنا هذا اذا قلنا يسري بنفس اللفظ وان نوى عتق نصيبه عن
الكفارة فان قلنا يسري باللفظ او مراعى لم تجزه النصيب الاخر عن
الكفارة وحكي فيه وجه اخر انه تجزي وان قلنا يسري باداء القيمة فنوى
عند اداء القيمة عتق باقيه عن الكفارة ففيه وجهان احدهما تجزيه وهو
اختيار الشيخ ابي حامد والقاضي ابي الطيب وحكي في وقت نية التكفير في نصيب
شريكه ثلثة اوجه احدها انها يعتبر مع دفع القيمة والثاني وقت اللفظ
بالعتق والثالث انه مخير بين ان ينوي مع اللفظ بالعتق وبين ان ينوي مع
دفع القيمة وان كان معسرا فاعتق نصيبه عن كفارته واشترى نصيب شريكه
واعتقه عن كفارته اجزاه وقال ابو حنيفه لا تجزيه عتق العبد المشترك
عن كفارته موسرا كان او معسرا فان اعتق نصف عبدين عن كفارته
ففيه ثلثة اوجه احدها انه لا تجزيه والثاني انه تجزيه والثالث ان كان
باقيهما حرا جاز وان كان مملوكا لم تجز وان كان له عبدان فاعتق كل واحد
منهما من العبدين عن كل واحدة من الكفارتين فنوى بعتق نصف سالم
عن كفارة القتل ونصفه عن كفارة الظهار وبعتق نصف غانم عن كفارة
القتل ونصفه عن كفارة الظهار فانه تجزي عن الكفارتين وهل
يكون مبعضا علي ما ذكره واكملا فيه وجهان احدهما انه يكون مبعضا

علي ما ذكرنا وهو ظاهر كلامه والثاني انه يكون مكملا وهو ظاهر قوله في
الام وهو قول ابن سريج وابن خيران فان قال لغيره اعتق عبدك علي
فاعتقه عنه دخل العبد في ملكه وعتق عليه بعوض كان او بغير عوض
واختلف اصحابنا في وقت وقوع العتق فقال ابو اسحق يقع العتق والملك
معا في حالة واحدة ومن اصحابنا من قال يدخل في ملكه ثم يعتق عليه فهو الاصح
وفيه وجه اخر ذكره الشيخ ابو حامد رحمه الله انه يملكه بلفظ العتق
ثم يعتق عليه بعد حصول ملكه فيه وقيل انا نتبين انه ملكه بالاستدعا
فان قال اعتق عبدك عن كفارتي فاعتقه عن كفارته اجزاه وقال ابو حنيفه
اذا لم يشترط عليه عوضا لم يقع عن المستدعي وعن احمد روايتان فان اعتق
عبده عن غيره بغير اذنه وقع العتق عن المعتق عنه وبه قال ابو حنيفه
وحكي انه اذا اعتق عن واجب عن غيره وقع عنه وان كان بغير امره كما لو
قضى دينه وحكي في الحاوي عن مالك انه لا تجزي سوا كان بعوض او بغير عوض
وهذا ينبغي ان يكون اذا كان عن غير واجب فان لم يجد رقبة صام شهرين متتابعين
فان افطر لمرض في الصوم المتتابع ففيه قولان احدهما انه يبطل التتابع
والثاني انه لا يبطل وان كان الفطر بالسفر ففيه طريقان فمن اصحابنا
من قال هو كالفطر بالمرض ومنهم من قال قولا واحدا ينقطع التتابع وان
افطرت الحامل والمرضع خوفا علي ولديهما ففيه وجهان احدهما انه
علي قولين كالفطر بالمرض والثاني ينقطع التتابع قولا واحدا فان صام من
شعبان وشهرا بعده ينوي بهما الكفارة لم يصح عن رمضان ولا عن الكفارة

وحكي عن القاضي ابي الطيب الطبري رحمه الله في المجرد عن ابي حربويه وعن
الاوزاعي انهما قالا تجزيه صوم شهر رمضان وعن الكفارة قال الشيخ ابو
نصر رحمه الله وهذا قول مستبعد لا وجه له فان شرع في الصوم ثم ايسر
وقدر على الرقبة لم يبطل صومه قولا واحدا ويستحب له الانتقال اليها
وبه قال مالك واحمد وقال ابو حنيفة يلزمه الانتقال الى الرقبة وهو
اختيار المزني وان تظاهر عن امراته ثم اعتق رقبة عن كفارته
قبل العود ذلك في الظاهر عن الرجعية فانه يصح ولا يصير عايدا فظاهر
كلام الشافعي رحمه الله انه تجزيه ومن اصحابنا من قال لا تجزيه فان قال
لعبده انت حر عن ظهاري ان تظاهرت فتظاهر عتق العبد وهل تجزيه
عن كفارته فيه وجهان احدهما تجزيه والثاني لا تجزيه فان لم يقدر
على الصوم لكبر لا يطيق معه الصوم او لمرض لا يرجى برؤه لزمه ان يطعم
ستين مسكينا كل مسكين مدا من الطعام ويجب ذلك من غالب قوت
البلد من الحبوب والثمار التي تجب فيها الزكوة وقال ابو عبيد بن حربويه
تجب من غالب قوته وقال مالك يدفع الى كل مسكين مدا بمد هشام
وهو مدان بمد النبي صلى الله عليه وسلم وقيل انه دونهما وقال احمد تجب
من البر مد ومن التمر مد والشعير مدان وقال ابو حنيفة من البر مدان ومن
التمر والشعير صاع اربعة امداد فان عدل عن قوت بلده الى قوت بلد اخر
فان كان اجود منه اجزاه وان كان دونه ففيه وجهان احدهما تجزيه
والاصح انه لا تجزيه وحكي فيه قولان وفي الاقط قولان في موضع قوتهم

الاقط ولا يجزي فيه دقيق ولا سويق ولا خبز ومن اصحابنا من قال تجزيه حكي
عن ابي القسم الانماطي وهو قول احمد في الدقيق وعنه في الخبز روايتان ولا
تجوز اخراج القيمة في الكفارة وقال ابو حنيفة تجزيه ولا تجوز ان يدفع
الواجب الى اقل من ستين مسكينا وقال ابو حنيفة ان دفع الواجب الى
مسكين واحد في ستين يوما اجزاه فان جمعهم وغداهم وعشاهم عن الكفارة
لم تجزه وقال ابو حنيفة تجزيه فان قدم الى ستين مسكينا ستين مدا
وقال كلوه لم تجزه حتى يسلمه اليهم وقال ابو اسحق ان ملكهم اياه بالسوية
وسلمه اليهم فانه تجزيه وقال ابو سعيد الاصطخري لا تجزيه ولا تجوز
دفع الكفارة الى مكاتب وقال ابو حنيفة تجوز ولا تجوز صرفها الى كافر
وبه قال احمد وقال ابو حنيفة تجوز صرفها الى اهل الذمة ويكفر
بالطعام قبل المسيس وقال داود تجوز الوطي قبل الاطعام واوما اليه احمد
فان وطي في اثنا الاطعام لم يلزمه الاستيناف وبه قال ابو حنيفة وقال
مالك يستانف ولا تجوز شي من الكفارات الا بالنية ولا تجب تعيين النية الكفارة
انفق سببهما اذا اختلف وقال ابو حنيفة واحمد ان كانت الكفارتان عن سببين
وجب التعيين كقتل وظهار وفي نية التتابع ثلثة اوجه احدها انه يلزمه
ذلك في كل ليلة والثاني انه يلزمه ذلك من اول الصوم والثالث وهو الصحيح
انه لا يلزمه نية التتابع

كتاب اللعان

اذا علم الزوج ان امراته زنت فان رآها بعينه ولم يكن نسب يلحقه فله
ان يقذفها وله ان يسكت فان استفاض ان رجلا يزني بها ولم تجده عندها

ولا اخبره احد انه رآه يدخل اليها ففيه وجهان اصحهما انه لا يجوز له قذفها
والثاني يجوز له ومن قذف امرأته بزنا يوجب الحد او التعزير القذف فطولب
بالحد والتعزير فله ان يسقط ذلك باللعان فان لاعن وجب حد الزنا على
المرأة وبه قال مالك وقال ابو حنيفة اذا قذف زوجته لم يجب عليه
الحد ووجب عليه اللعان فان لاعن والا حبس حتى يلاعن وقال
احمد اذا لم يلاعن الزوج حد واذا لاعن لا يجب الحد على المرأة وله في حبسها
روايتان فان عفت الزوجة عن الحد والتعزير ولا نسب لم يلاعن ومن
اصحابنا من قال له ان يلاعن لقطع الفراش والمذهب الاول وان وجب
عليه التعزير بقذف زوجته الصغيرة التي يجامع مثلها فهل
له ان يلاعن لاسقاطه قبل بلوغها فيه وجهان فان لم تعف المرأة عن
الحد والتعزير ولم يطالب ففيه وجهان احدهما ليس له ان يلاعن قبل
المطالبة وقال ابو اسحق له ان يلاعن وهو الاصح فان ثبت الزنا بالبينة او
باقرارها ثم قذفها وجب عليه التعزير وهل له ان يلاعن لاسقاطه
فيه طريقان قال ابو اسحق والقاضي ابو حامد المذهب انه لا يلاعن
وقال ابو الحسين القطان وابو القسم الداركي هي على قولين
احدهما لا يلاعن والثاني انه يلاعن وقيل فيه طريقة ثالثة انه لا يلاعن
اذا قذفها بزنا قبل زوجيته وقيل انه اذا لم ينف بلعانه ولدا فلا
يلاعن فان لاعنت المرأة بعد لعانه فهل يزول فسقه حكى في الحاوي
فيه وجهين احدهما انه يزول فان قذف امرأته بالزنا فصدقته

جاز له ان يلاعن لنفي النسب وقال ابو حنيفة لا يلاعن لان اللعان عنده شهادة
فان ادعت المرأة عليه انه قذفها فانكر فاقامت عليه البينة به فهل
يكون انكاره اكذابا للبينة فيه وجهان حكاهما ابن ابي هريرة احدهما
انه لا يكون فعلى هذا له ان يلاعن والثاني مكذب لبينته فلا يلاعن ٥

باب ما يلحق من النسب وما لا يلحق وما يجوز نفيه باللعان وما لا يجوز ٥

اذا تزوج امرأة وهو ممن يولد لمثله وامكن اجتماعهما على الوطي واتت بولد
لمدة الحمل لحقه في الظاهر فان كان صغيرا لا يولد لمثله فاتت امرأة
بولد انتفى عنه بغير لعانه واختلف اصحابنا في السن الذي يجوز ان يولد
له فيها فمنهم من قال يجوز ان يولد بعد عشرة سنين ولا يجوز ان
يولد له قبل ذلك وهو ظاهر النص ومنهم من قال يجوز ان يولد له
بعد تسع سنين ولا يولد له قبل ذلك وحكي عن ابي حنيفة انه يجوز
ان يولد له لاثني عشر سنة وان كان الزوج مجبوبا فقد روى المزني رحمه
الله ان له ان يلاعن وروى الربيع انه ينتفي عنه من غير لعان واختلف
اصحابنا فمنهم من قال وهو قول ابي اسحق انه كان مقطوع الذكر والانثيين
انتفى عنه من غير لعان وان كان مقطوع احدهما لم ينتف عنه من غير
لعان وقال القاضي ابو حامد في اسفل الذكر ثقبتان احديهما للبول
والاخرى للمني فان انسدت ثقبة المني انتفى الولد من غير لعان وان لم

تنسد لم ينتف الا بلعان وحمل الروايتين على هذين الحالين ومنهم من قال يلاعن بكل حال وان لم يمكن اجتماعهما على الوطى فان تزوجها وطلقها عقيب العقد او كان بينهما مسافة لا يمكنه الاجتماع معها انتفى الولد عنه من غير لعان وقال ابو حنيفة لا ينتفي عنه الا باللعان وان اتت بولد لدون ستة اشهر لم يلحقه وان دخل بها ثم طلقها ولبس بها حمل ظاهر فاعتدت بالاقراء ثم وضعت ولدا قبل ان تتزوج لدون ستة اشهر لحقه وان اتت به لستة اشهر ودون اربع سنين لحقه ايضا وقال ابو حنيفة لا يلحقه في الصورة الثانية وهو قول ابي العباس بن سريج وان اتت به لاكثر من اربع سنين وكان الطلاق رجعيا ففيه قولان اصحهما انه ينتفي عنه بغير لعان والقول الثاني انه يلحقه فعلى هذا الى متى يلحقه ولدها فيه وجهان احدهما قال ابو اسحق يلحقه ابدا ومن اصحابنا من قال يلحقه الى اربع سنين من وقت انقضاء العدة وهو الصحيح وان كان الطلاق باينا لم يلحقه وتنقضي العدة بالولادة على قول جمهور اصحابه وقال القاضي ابو الحسن الماوردي عندي انها تنقضي بالشهور او بالاقراء قبل الولادة فان كانت له زوجة يلحقه نسب ولدها فوطيها رجل بشبهة فاتت بولد يمكن ان يكون من كل واحد منهما فادعى الزوج ان الولد من الوطي عرض معهما على القافة والا يلاعن لنفيه وقال ابو حنيفة لا يحكم للقافة فان قال زنا بك فلان وانت مكرهة فالولد منه ففيه

قولان احدهما انه لا يلاعن لنفيه والصحيح انه لا يلاعن لنفيه ولا حد عليه وهل يعزر للاذى فيه وجهان احدهما يعزر لما فيه من الاذى ونسبتها الى اختلاط النسب وكذا ان نسبها الى وطى شبهة وان اتت امراته بولد فادعى الزوج انه من زوج قبله وكان لها زوج قبله وامكن ان يكون من كل واحد منهما ولم يكن قافة او كان قافة واشكل عليها ترك الى ان يبلغ وقت الانتساب فان انتسب الى الاول انتفى من الزوج بغير لعان وان انتسب الى الزوج لم ينتف عنه الا بلعان فان لم يعرف وقت الطلاق الاول ووقت نكاح الثاني فالقول قول الزوج مع يمينه انه لا يعلم انها ولدته على فراشه فان حلف انتفى عنه بغير لعان وان نكل ردت اليمين عليها فان حلفت لحق النسب بالزوج ولا ينتفي الا باللعان فان نكلت فهل توقف اليمين الى ان يبلغ الصبي فيحلف ويثبت نسبه ففيه وجهان بنا على القولين في رد اليمين على الجارية المرهونة اذا احبلها الراهن وادعى ان المرتهن اذن له في وطيها فانكر المرتهن ونكل ابجميعا عن اليمين وان اتت امراته بولد اسود وهما ابيضان او بولد ابيض وهما اسودان ففيه وجهان احدهما ان له ان ينفيه والثاني لا يجوز له نفيه فان اتت بولد وكان يجامعها فيما دون الفرج ففيه وجهان احدهما لا يجوز له النفي والثاني له ان ينفيه وان اتت بولد وكان يطاها في الدبر ففيه وجهان احدهما لا يجوز له نفيه اذا قذف زوجته في طهر جامعها فيه جاز ان يلاعن منها وينفي الولد وكذا لو اصابها بعد القذف وحكي عن مالك

في الحاوي انه اذا قذفها بزنا قد جامعها فيه لاعن لاسقاط الحد دون نفي النسب
وان وطيها بعد القذف لم يلتعن فالحمل وطيه تكذيبا لنفسه اذا قذف
زوجته وانتفى عن الولد فان كان حملا فله ان يلاعن وينفي الولد وبه قال
مالك وقال ابو حنيفة واحمد ليس له ان يلاعن لنفيه حتى تضع الا ان
يقذفها بصريح الزنا فيكون له اللعان الا ان عند ابي حنيفة اذا لاعنها
القذف وهي حامل لزمه الولد لانها تضعه بعد البينونة فلا يمكنه
اللعان لنفيه وان كان الولد منفصلا ففي وقت نفيه قولان احدهما له
الخيار في نفيه ثلثة ايام والثاني وهو المنصوص عليه في عامة الكتب
انه على الفور وقال ابو حنيفة له ان يوخر النفي يوما او يومين استحسانا
وقدره ابو يوسف ومحمد بمدة النفاس وقال عطا ومجاهد له ان
ينفيه ما لم يعترف به فان قال علمت بالولادة ولم اعلم ان لي النفي
فان كان في بلد فيه اهل العلم الا انه من العامة ففيه وجهان
احدهما لا يقبل والثاني يقبل فان قال لزوجته زنيت وقال قذفتك
وانت نصرانية فقالت بل قذفتني بالزنا بعد اسلامي فقد ذكر
الداركي والشيخ ابو حامد ان القول قولها مع يمينها وعليه الحد قال القاضي
ابو الحسن الماوردي والذي اراه ان القول قوله مع يمينه ولا حد عليه
وان لم يعرف حالها وانكرت ان تكون نصرانية ففيه قولان
احدهما ان القول قوله مع يمينه والثاني ان القول قولها مع يمينها
والحد الا ان يلتعن وحكم الاختلاف في الرق والحرية كذلك

فان قذف امراته بزنا اضافه الى ما قبل النكاح وهناك نسب يلحقه فهل
له ان يلاعن فيه وجهان احدهما وهو قول ابي اسحق انه لا يلاعن والثاني وهو
قول ابي علي بن ابي هريرة ان له ان يلاعن وقال ابو حنيفة له ان يلاعن سوا
كان هناك ولد او لم يكن فان ابان امراته ثم قذفها بزنا اضافه الى
حال النكاح وهناك ولد منفصل فله ان يلاعن لنفيه وقال ابو
حنيفة ليس له ان يلاعن وان كان هناك ولد وقال عثمن البتي له ان يلاعن
وان لم يكن هناك ولد وان كان حملا فقد روى المزني في المختصر له ان
ينفيه وروى في الجامع انه لا يلاعن حتى ينفصل فمن اصحابنا من قال
لا يلاعن قولا واحدا ومنهم من قال فيه قولان احدهما انه لا يلاعن
حتى ينفصل والصحيح انه يلاعن وان استلحق حمل امراته لم يكن له
نفيه بعد ذلك وقال احمد لا يصح استلحاقه حتى ينفصل فان ملك
امة فوطيها صارت فراشا له فان اتت بولد لمدة الحمل من حين الوطي
لحقه وقال ابو حنيفة لا تصير فراشا له ولا يلحقه نسب ولدها
الا بالاقرار فان قذفها وانتفى من ولدها لم يلاعن لنفيه قولا
واحدا وذكر فيه قول اخر يلاعن لنفيه ○

باب من يصح لعانه وكيف اللعان وما يوجبه من الاحكام

○ يصح اللعان من كل زوج بالغ عاقل مسلما كان او كافرا
حرا كان او عبدا وبه قال سعيد بن المسيب ومالك واحمد في احدى

الروايتين والحسن البصري وقال الزهري وحماد وابو حنيفة لا يصح الا بين
زوجين حرين غير محدودين في قذف وان يكون المراة عفيفة تحد
قاذفها وروي ذلك عن احمد وحكي في الحاوي عن ابي حنيفة انه اذا
قذفها بالزنا وقذفته لم يجز ان يلتعنا وحد لقذفه ولم يحد لقذفها
واما الاخرس فان لم تكن له اشارة معقولة او كتابة مفهومة
لم يصح لعانه وان كان له اشارة معقولة صح لعانه وبه قال احمد وقال
ابو حنيفة لا يصح قذفه ولعانه فاما من اعتقل لسانه فانه ان كان ما
يوسا منه صح لعانه بالاشارة كالاخرس وان لم يكن مايوسا منه ففيه
وجهان احدهما لا يصح لعانه والثاني يصح وان كان اعجميا لا يحسن بالعربية
ففيه وجهان احدهما انه يصح لعانه والثاني لا يصح وان كان الحاكم
لا يعرف لسانه احضر من يترجم وفي عدده وجهان بنا على القولين في
الشهادة على الاقرار بالزنا واللعان ان يقول اشهد بالله انني لمن الصادقين
فيما رميتها به من الزنا اربع مرات ويقول في الخامسة وان علي لعنة الله
ان كنت من الكاذبين فيما رميتها به من الزنا ويقول المراة اربع مرات
اشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا وتقول في الخامسة
وعلي غضب الله ان كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا فان اخل احدهما
ببعض هذه الالفاظ الخمسة لم يعتد به وقال ابو حنيفة اذا اتى كل
واحد منهما باكثر الفاظه اللعان كانه اي بثلثة الفاظ وحكم
الحاكم بالفرقة كان مخطيا ولكنه ينفذ حكمه وان ابدل لفظ الشهادة

بلفظ من الفاظ اليمين كقوله احلف او اقسم ففيه وجهان احدهما يجوز
والثاني لا يجوز وان ابدل لفظ اللعنة بالابعاد او لفظ الغضب بالسخط
ففيه وجهان احدهما يجوز والثاني لا يجوز وان ابدلت المراة لفظ
الغضب باللعنة لم يجز وان ابدل الرجل لفظ اللعنة بالغضب ففيه
وجهان احدهما يجوز فان قدم الرجل لفظ اللعنة على الشهادة او قدمت
المراة لفظ الغضب على الشهادة ففيه وجهان احدهما يجوز والثاني
لا يجوز فان لاعن بالعجمية وهو يحسن العربية وهو اعجمي ففيه وجهان
احدهما وهو قول الشيخ ابي حامد الاسفرايني انه لا يجوز والثاني انه يجوز
وفي التغليظ بالمكان قولان احدهما تجب ذلك والثاني انه يستحب كالتغليظ
بالجماعة والزمان والتغليظ بالزمان ان يكون بعد العصر يوم الجمعة وفي
المكان ان يكون في اشرف موضع في البلد الذي فيه اللعان فان كان بمكة
لاعن بين الركن والمقام وان كان بالمدينة لاعن في المسجد واختلف الرواية
فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم فروي على المنبر وروي عند المنبر فقال
ابو اسحق ان كان الخلق كثيرا لاعن على المنبر ليسمع الناس وان كان الخلق
قليلا لاعن عند المنبر وقال ابو علي بن ابي هريرة لا يلاعن على المنبر وهو قول
ابي القسم الصيمري وابي الحسن بن القطان وحكي عن الشيخ ابي حامد رحمه
الله انه يلاعن عند المنبر وان كانت ببيت المقدس لاعن عند الصخرة ويبدا بالزوج
ويامره ان يشهد فان بدا بلعان المراة لم يعتد به وقال ابو حنيفة ومالك
ان ابدا بها اعتد به وان اسا فان كانت المراة غايبة سماها ونسبها ودفع في نسبها

وان كانت حاضرة ففيه وجهان احدهما انه يجمع بين الاشارة اليها والاسم
والثاني انه يكفيه الاشارة فان سمى الزاني بها ذكره في كل مرة وان كان
هناك ولد فنفاه ذكره في كل مرة فيقول هذا الولد من زنا ليس
مني فان قال هذا الولد ليس مني لم ينتف عنه وان قال هذا الولد من زنا
ولم يقل ليس مني ففيه وجهان احدهما وهو قول القاضي ابي حامد
المروزي انه ينتفي عنه والثاني وهو قول الشيخ ابي حامد الاسفرايني
انه لا ينتفي عنه فان لم يذكر الزاني بها في لعانه فهل يسقط بذلك موجب
قذفه فيه قولان احدهما لا يسقط والثاني انه يسقط وبه قال احمد وقال
احمد وقال ابو حنيفة ومالك لا يسقط موجب القذف في حق الزاني
باللعان في الزوجة وان سماه اذا بشر بولد فقال للمبشر بارك الله عليك
او جزاك الله خيرا لم يلزمه الولد وقال ابو حنيفة يلزمه الولد فان كان
اللعان في النكاح وقعت الفرقة وحرمت عليه على التابيد فان
اكذب نفسه وجب عليه حد القذف ولحقه النسب ولم يرتفع التحريم
وحكي عن عثمان البتي انه قال لا يتعلق باللعان فرقة بحال وقال
ابو حنيفة يتعلق الفرقة بلعانهما وحكم الحاكم وهو احدى الروايتين عن
احمد ولا يكون التحريم عنده موبدا واذا اكذب نفسه ارتفع التحريم وحكي
عن الحسن البصري انه قال بالاكذاب لا يلحقه النسب كما لا يرتفع التحريم
حكاه في الحاوي وقال ربيعة ومالك وداود وزفر يتعلق الفرقة بلعانهما
جميعا وهو الرواية الاخرى عن احمد فالفرقة الواقعة فسخ وبه قال

مالك واحمد وقال ابو حنيفة ومحمد الفرقة طلاق وان كان اللعان في نكاح
فاسد فهل يحرم به على التابيد فيه وجهان اصحهما انها تحرم فان صدقته
المراة على ما قذفها به وجب عليها الحد ويسقط عنه الحد وقال ابو
حنيفة لا يجب عليها الحد وان لم يكن لها وارث غيره وماتت فقد ذكر
الشيخ ابو نصر رحمه الله انه لم يكن له ان يلاعن لدرا الحد ومن اصحابنا من قال
ان يلاعن وان لم يكن له مطالبة وله وجه جيد وان مات الولد كان له ان يلاعن
لنفيه وقال ابو حنيفة ليس له ان يلاعن لنفيه الا ان يكون للولد الميت
ولد حي فان مات الولد المنفي باللعان فاستلحقه لحقه وقال ابو حنيفة
ان كان للمنفي ولد لحقه وان لم يكن له ولد لم يلحقه وقال مالك ان مات غنيا
لم يلحق به وان كان فقيرا يلحق به فان ولدت توامين فمات احدهما لاعن
لنفي الحي والميت وبه قال ابو حنيفة يلزمه نسب الابن الميت ولا يصح
نفيه باللعان فيلزمه نسبهما عنده فان قذفها بالزنا ولاعنها ثم
عاد وقذفها بزنا اخر ففيه وجهان احدهما انه لا يجب الحد والثاني يجب
عليه الحد وان لم يقذفها بالزنا ونفى الولد فهل له ان يلاعن لنفيه فيه
قولان اصحهما وهو قول ابي اسحق انه يلاعن والثاني وهو اختيار المزني انه لا يلاعن
فعلى هذا في كيفية قذفه وجهان احدهما ان يقذفها بصريح الزنا حكاه
الشيخ ابو حامد والثاني بما دون الزنا كقوله تحرمت بوطي غيري وان
قذفها ولاعنها ونكلت عن اللعان فحدت فقد اختلف اصحابنا فمنهم
من قال لا يرتفع احصانها الا في حق الزوج فلو قذفها اجنبي وجب عليه

الحد وقال ابو اسحق يرتفع احصانها في حق الزوج والاجنبي

كتاب الايمان

باب من يصح يمينه وما يصح به اليمين

يصح اليمين من كل مكلف مختار قاصد الى اليمين واما المكره فلا
تصح ومن سبق لسانه الى اليمين من غير قصد لا ينعقد يمينه وهو لغو
اليمين وقال ابو حنيفة تنعقد يمينه وحكي في الحاوي عنه ان لغو
اليمين ان يحلف على ماض يعتقد انه صادق فتبين كاذبا فلا يواخذ بالاثم
ولا كفارة وقال ابرهيم النخعي لغو اليمين ان يحنث ناسيا على ماض او
مستقبل فلا يواخذ باثم ولا كفارة وقال الشعبي ومسروق هو ان
يحلف على معصية فيتركها فيصير لاغيا بيمينه فلا يواخذ باثم ولا كفارة
وقال سعيد بن جبير لغو اليمين ان يحرم على نفسه ما احل الله له من قول
او عمل فلا يواخذ فيه باثم ولا كفارة فان حلف على ماض وهو كاذب
على امراته وكان ولم يكن او على امراته لم يكن وقد كان فانه يجب عليه
الكفارة وهي اليمين الغموس وبه قال عطا والزهري وقال ابو
حنيفة ومالك واحمد والثوري لا تجب بها الكفارة وحكي عن سعيد
بن المسيب انه قال هي من الكباير اعظم من ان يكفر فان كانت اليمين
على مستقبل فان كانت على مباح فالاولى ان لا يحنث في اظهر الوجهين
واذا حنث في اليمين على المستقبل وجبت عليه الكفارة ومن الناس

من قال اذا كان الحنث طاعة لم تجب عليه الكفارة ولا ينعقد اليمين
بغير الله فان قال ان فعلت كذا فانا يهودي او نصراني او بري
من الله ورسوله او من الاسلام لم ينعقد به يمين وبه قال مالك
وقال ابو حنيفة والثوري واحمد ينعقد به يمين توجب الكفارة بالحنث
وينعقد اليمين باسما الله وصفاته فان حلف بالقدوس والخالق
والباري فانه ينعقد به يمين بالله في الظاهر فان نوى به غير
الله فهل ينصرف عن الله في الباطن فيه وجهان احدهما انه لا يقبل
ويكون يمينا بالله باطنا وظاهرا وان حلف بالعظيم والرحيم
والعزيز القادر والناصر والملك ولم يكن له نية ففيه وجهان
احدهما انه يكون يمينا والثاني انه لا يكون حالفا فان قال وعلم
الله ولم ينو المعلوم او وقدرته ولم ينو المقدور انعقدت يمينه وقال
ابو حنيفة اذا قال وعلم الله لا يكون يمينا استحسانا وان حلف بكلام
الله او بالقران كان يمينا وقال ابو حنيفة واصحابه لا يكون ذلك
يمينا فمنهم من يقول لان كلام الله مخلوق ومنهم من يقول
لانه لبس فيما يعهد اليمين به وان قال وحق الله ولم ينو العبادات
انعقدت يمينه وبه قال مالك واحمد وقال ابو حنيفة لا يكون
يمينا فان اراد بحق الله العبادات وبعلم الله المعلوم وبقدرة
الله المقدور قبل قوله ولم ينعقد يمينه وقال احمد لا يقبل قوله وان
اراد به غير اليمين فقد ذكر فيه ثلثة اوجه احدها وهو ظاهر

كلام الشافعي رحمه الله انه لا يكون يمينا لانه يحتمل ان يريد حق الله
واجب وقدرة الله ماضية والثاني وهو قول ابي اسحق انه لا يكون
يمينا في حق الله ويكون يمينا في حقوق الادميين والثالث
وهو قول ابي علي بن ابي هريرة انه لا يكون يمينا بالارادة اذا عزاه
الى امر محتمل ويكون يمينا اذا لم يعزه الى امر محتمل فان قال
علي عهد الله وميثاقه وكفالته خاصة وقال ابو يوسف
واحمد يكون الجميع يمينا والشيخ ابو نصر رحمه الله حكى وجها واحدا
فيه اذا اطلق انه لا يكون يمينا وان قال علي عهد الله وميثاقه
وكفالته وامانته لافعلن كذا فنعل وجبت عليه كفارة
واحدة وحكي عن مالك انه قال تجب عليه بكل لفظة كفارة فان
حلف بالنبي عليه السلام وحنث لم تجب عليه الكفارة وبه قال
ابو حنيفة وقال احمد ينعقد به يمين يوجب الكفارة فان قال
تالله لافعلن كذا بالعجمية بالتا معجمة من فوق فالمنصوص في الايمان
انه يمين وروى المزني في القسامة انه ليس بيمين فمن اصحابنا من
قال انه يمين قولا واحدا وما نقله المزني في القسامة انه ليس
بيمين فمن اصحابنا من قال انه يمين قولا واحدا وما نقله المزني جرى فيه
تصحيف ومنهم من قال نقله صحيح وجعل فيه قولين احدهما انه يمين
بكل حال وهو قول ابي حنيفة والثاني انه ليس بيمين الا ان يريد
اليمين وحكي عن ابي اسحق انه قال يكون يمينا في حق خواص الناس الذين

يعرفون ان التا من حروف القسم ولا يكون يمينا في حق العامة الذين لا
يعرفون ذلك الا بالنية ومنهم من قال ان كان في الايلا والايمان فهو
يمين وان كان في القسامة لم يكن يمينا وان قال لعمر الله واطلق
ففيه وجهان احدهما انه يمين وهو قول ابي حنيفة واحمد وهكذا
اذا قال ايم الله وايمن الله فان قال اقسمت بالله واقسم بالله لافعلن كذا
وقال اردت بقولي اقسمت الخبر عن يمين متقدمة واقسم الخبر
عن يمين مستقبلة قبل منه فيما بينه وبين الله تعالى وهل يقبل
وقال في الحكم نص في الايمان انه يقبل وقال في الايلا لا يقبل
فمن اصحابنا من قال لا يقبل قولا واحدا وما قاله في الايمان اراد به فيما
بينه وبين الله ومنهم من قال لا يقبل في الايلا ويقبل في الايمان
ومنهم من جعل المسلتين على قولين بنقل الجوابين فاذا قال اقسمت
عليك بالله لتفعلن كذا لم تخالفه وجبت الكفارة على الحالف
وحكي عن احمد انه قال تجب على المحلوف فان قال اقسم او اقسمت
لتفعلن كذا لم يكن يمينا سوا قصد او لم يقصد وكذا ان قال احلف
او اشهد وقال ابو حنيفة واحمد في احدى الروايتين يكون يمينا وقال
مالك قصد به اليمين كان يمينا وهو الرواية الاخرى عن احمد فان قال اشهد
بالله واطلق ففيه وجهان احدهما انه يمين وهو قول ابي حنيفة

باب جامع الايمان

اذا حلف لا يسكن دارا وهو فيها فخرج في الحال بنية التحول فترك

رجله فيها لم يحنث في يمينه وان تردد لنقل الرجل وقال ابو حنيفة يحنث
الا ان ينقل اهله وماله وبه قال احمد وحكي عن مالك انه اعتبر نقل
عياله دون ماله وحكي في الحاوي عن مالك انه ان اقام ليلة حنث
وان اقام اقل لم يحنث وحكي عن زفر انه قال يحنث عقيب اليمين
ولا يبر وان بادر الى الخروج وقال محمد ان ترك في الدار ما يمكن
سكناها معه حنث وان ترك من رحله ما لا يمكن سكناها
معه لم يحنث فان منع من الخروج منها بحبسه فيها او تقييد او
كان زمنا لا يجد من يحمله لم يحنث باقامته مع عجزه وخرج ابو علي
بن ابي هريرة قولا اخر انه يحنث من احد القولين في الناسي وليس
بشي وان وقف فيها لغلق ابوابه واحراز امواله لم يقدر على من
يستنيبه فيه لم يحنث على الصحيح من المذهب وقيل يحتمل وجها
اخر انه يحنث فان حلف لا يدخل دارا وهو فيها فاستدام
الكون فيها ففيه قولان احدهما يحنث والثاني وهو الاصح انه
لا يحنث كما لو حلف لا يتطهر او لا يتزوج او لا يتطيب فاستدام
ما هو عليه من الحال وبه قال ابو حنيفة وحكي في الحاوي في استدامة
الطيب ثلثة اوجه وجهان كالقولين في الدخول والثالث قول
ابي الفياض انه ان بقي اثر الطيب فاستدامه حنث وان بقيت
الرائحة لم يحنث فان لم حلف لا يدخل دارا فحصل على سطحها وهو
غير محجر لم يحنث في يمينه وقال ابو ثور يحنث وهو قول احمد وابي

حنيفة وان كان محجرا عليه ففيه وجهان اظهرهما انه لا يحنث وهو قول
ابن اسحق المروزي والثاني انه يحنث وهو قول ابي علي بن ابي هريرة
وفيه ثالث لابي الفياض انه ان كان السترة عالية تحجر مثلها لو كان
في العرصة حنث وان كانت قصيرة لا تحجر مثلها لو كان في العرصة
لم فان حلف لا اسكنت مع زيد فقد ذهب بعض اصحابنا البصريين
قيل انه ابي الفياض الى ان اليمين ينعقد على فعل الحالف وحده
فان خرج المحلوف عليه لم يبر الحالف وكذا لو قال لا يسكن
مع زيد تعلقت اليمين بفعل المحلوف عليه دون فعل الحالف قال
القاضي ابو الحسن الماوردي هذا وجه ضعيف والصحيح انه يبر
بخروج كل واحد منهما في المسئلتين لان اليمين معقودة على الاجتماع
به وقد زال فان حلف لا يدخل دار زيد هذه فباعها زيد ثم دخلها
حنث في يمينه به قال مالك واحمد ومحمد وزفر وقال ابو حنيفة
وابو يوسف لا يحنث وكذلك اذا قال لا كلمت عبد فلان هذا
فباعه ثم كلمه حنث ووافقنا ابو حنيفة في الزوجة اذا طلقها
وكلمها انه يحنث فان حلف لا يدخل لا يدخل دار زيد فدخل دارا يسكنها
زيد باجارة واعارة لم يحنث في يمينه الا ان يريد مسكنه وقال ابو
ثور يحنث وهو قول ابي حنيفة ومالك واحمد وان حلف لا يدخل هذه
الدار فانهدمت فصارت ساحة او جعلها خانا او بستانا فدخلها
لم يحنث وان اعيدت بتلك الالة فهل يحنث بدخولها فيه وجهان

الذي يكون على الجبن لم يحنث وبه قال ابو حنيفه وقال ابو يوسف ومحمد يحنث
وان اكل شحم العين فهل يحنث فيه وجهان احدهما يحنث والثاني
لا يحنث وان حلف لا اكلت الرووس فاكل رووس الصيد ورووس السمك
في البلاد التي لا يكثر فيها فيه وجهان احدهما لا يحنث والثاني
يحنث ويحنث باكل رووس الابل والبقر والغنم فقال ابو
حنيفه لا يدخل رووس الابل في يمينه في احدى الروايتين وقال ابو يوسف
ومحمد يتعلق يمينه برووس الغنم خاصه وان حلف لا اكل اللبن لم يحنث
باكل الجبن واللوز والزبد والسمن والمصل والاقط وقال ابو علي بن
ابي هريره يحنث باكل كل ما يتخذ من اللبن والمذهب الاول
وان اكل الشيراز حنث في قول اكثر اصحابنا ومن يوقف في الشيراز
لان له اسما اخص اذا حلف لا ياكل السمن فاكله مع الخبز او لا ياكل
الخل فاكله في طبيخ وهو ظاهر فيه حنث قال ابو سعيد الاصطخري اذا
اكله مع غيره لم يحنث والمذهب الاول وحكي عن ابي اسحق انه قال ان
كان جامدا فاكله مع غيره لم يحنث فان كان ذايبا حنث باكله مع غيره
فان حلف لا اكل هذا الرغيف فاكله الا لقمه منه لم يحنث وقال
مالك يحنث باكل اكثره فان حلف لا ياكل اللبا وهو اول لبن يحدث
بالولاده وهل يحنث قبل الولاده فيه وجهان بناء على الدم الذي
يخرج قبل الولاده هل يكون نفاسا فيه وجهان فان حلف لا ياكل
دهنا فاكل سمنا فيه وجهان اصحهما انه لا يحنث فان حلف لا ياكل

البيض حنث باكل كل بيض تفارق بايضه حيا وقال ابو العباس بن سريج
يحنث باكل المعتاد من البيض ولا يحنث بالنادر كالعصافير والاوز فان ذبح
دجاجة وفي جوفها بيض وصل اليه بذبحها فاكله ففيه وجهان احدهما
انه لا يحنث باكله وحكي في بيض النعام في حق من لا يعتاده وجهان
كبيوض السمك في حق الحاضر وان حلف لا ياكل طعاما فاكل الدوا
فهل يحنث فيه وجهان احدهما لا يحنث والثاني يحنث فان حلف لا
يشرب الما فشرب ما البحر فيه وجهان احدهما يحنث والثاني لا يحنث فان
حلف لا ياكل اداما حنث باكل ما يوتدم به في العاده سوا كان مما يصطبغ
به او لا يصطبغ كاللحم والجبن والخل وبه قال محمد واحمد وقال ابو حنيفه
الادم ما يصطبغ به كالخل والشيرج واما اللحم والجبن والبيض والباذنجان
فليس بادم فان اكل التمر ففيه وجهان وان حلف لا ياكل فاكهه
فاكل رطبا او عنبا او رمانا حنث وقال ابو حنيفه لا يحنث بذلك وخالفه
صاحباه وان حلف لا يشم الورد والبنفسج فشم دهنهما لم يحنث وقال
ابو حنيفه يحنث وقال ابو حنيفه يحنث وان جفف الورد والبنفسج
فشمهما ففيه وجهان احدهما لا يحنث والثاني يحنث وان حلف
لا يلبس شيا فلبس درعا او جوشنا او خفا او نعلا ففيه وجهان
احدهما يحنث والثاني لا يحنث اذا حلف لا يلبس هذا الثوب ولم يقل
وهو ردا فجعله قميصا او سراويلا ولبسه حنث ومن اصحابنا من قال
لا يحنث والاول اصح وذكر في الحاوي انه اذا عقد يمينه مطلقا فقال

وقال ابو حنيفه في الدار المعينة في اليمين اذا دخلها وقد صارت ساحة
حنث وفي الدار المطلقة والبيت لا يحنث وقال احمد حكم البيت
والدار عند التعيين سوا يحنث بدخولهما بعد الانهدام فان حلف لا دخل
هذه الدار من هذا الباب فقلع الباب ونصب في موضع اخر
وبقي الممر الذي كان عليه الباب فدخل من ذلك الموضع الذي نصب
فيه لم يحنث وان دخل من الممر الاول حنث ومن اصحابنا من قال
ان دخل من الممر الذي كان فيه الباب لم يحنث وليس بشي وان حلف لا
يدخل هذه الدار من بابها فسد الباب الموجود وفتح لها باب اخر فدخلها
منه ففيه وجهان احدهما لا يحنث وهو قول ابي علي بن ابي
هريرة وهو المنصوص عليه في الام والثاني انه يحنث وهو قول
ابي اسحق وهو الاظهر فان حلف لا يدخل بيتا فدخل بيتا من شعر
او ادم فكان من اهل الحضر ففيه وجهان احدهما وهو قول ابن العباس
بن سريج انه لا يحنث وهو قول ابي حنيفه والثاني وهو قول ابي
اسحق انه يحنث وهو قول احمد فان حلف لا ياكل هذه الحنطة
فجعلها دقيقا ولا ياكل هذا الدقيق فجعلها خبزا لم يحنث باكله وبه قال
ابو حنيفه في الحنطة وقال ابو يوسف ومحمد يحنث وهو قول ابي العباس
بن سريج وقال ابو حنيفه في الدقيق اذا اكله خبزا حنث وهو قول
احمد الا ان احمد قال اذا استفه لم يحنث فان حلف لا ياكل هذه
الرطب فاكله وهو تمرا ولا ياكل هذا الجمل فاكله كبشا او لا يكلم

هذا الصبي فكلمه وهو شيخ ففيه وجهان احدهما وهو قول ابي هريرة
انه لا يحنث والثاني يحنث والاول اصح وقال ابو حنيفه في الحيوان يحنث
وفي غيره لا يحنث فان حلف لا يذوق هذا الطعام فذاقه ولفظه
ففيه وجهان احدهما انه لا يحنث والثاني يحنث وهو الاظهر فان
حلف لا ياكل رطبا فاكل بسرا لم يحنث وان اكل منصفا حنث
وبه قال ابو حنيفه ومحمد وقال ابو يوسف وابو سعيد الاصطخري
وابو علي لا يحنث وقال ابو الفياض البصري ان كان اكثرها
بسرا حنث في اليمين على البسر ولا يحنث به في الرطب وان كان اكثرها
رطبا حنث في اليمين على الرطب دون البسر وان حلف لا ياكل لحما فاكل
لحم مالا يوكل لحمه فهل يحنث فيه وجهان احدهما يحنث والثاني لا يحنث
وان حلف لا ياكل اللحم فاكل لحم الخد او لحم الراس او اللسان ففيه وجهان
احدهما يحنث والثاني لا يحنث وان حلف لا ياكل اللحم فاكل الكبد والطحال
لا يحنث قال ابو حنيفه واصحابه يحنث وان اكل سمكا لم يحنث وقال
مالك وابو يوسف يحنث ويحنث باكل اللحم النيء والمطبوخ وحكي عن مالك
انه قال لا يحنث باكل النيء واختلف اصحابنا في الالية فمنهم من قال هي شحم
يحنث بها في اليمين على الشحم ولا يحنث بها في اليمين على اللحم ومنهم من قال
لحم يحنث بها في اليمين على الشحم ولا يحنث بها في اليمين على اللحم ومنهم
من قال هي لحم يحنث بها في اليمين على اللحم ولا يحنث بها في اليمين على الشحم
ومنهم من قال ليس بلحم ولا شحم فان حلف لا ياكل الشحم فاكل الابيض الذي

والله لا لبست هذا القميص او هذا الثوب او هذا السراويل فغيره عن
صفته ولبسه ففيه ثلثة اوجه احدها وهو ظاهر المذهب انه يحنث
بلبسه على اي صفة كان تغليبا لحكم العين على الصفة والوجه الثاني
ينسب الى المزني وطايفة من متقدمي اصحابنا انه لا يحنث بلبسه
اذا غير عن صفته او لبسه على غير عادته والوجه الثالث وهو
قول ابي اسحق انه قال ان كان يمينه على الثوب حنث بلبسه على جميع
الاحوال وان كانت يمينه على قميص لا يحنث في يمينه اذا غيره فجعله
سراويلا قال ومن حكى عن ابي اسحق غير هذا فقد
حرف فان حلف لا يلبس فتقلد سيفا محلاه لم يحنث وان لبس
منطقه محلاة ففيه وجهان احدهما لا يحنث وان من عليه رجل
بشي فحلف لا يشرب له ماء من عطش فاكل له خبزا او لبس ثوبا لم يحنث
وكذا ان شرب له ماء من غير عطش وبه قال ابو حنيفه وقال
مالك واحمد اذا قصد قطع منته لم يجز ان ياكل منه شيا ولا ان
ينتفع منه بشي وان حلف ان لا يضرب امراته فلكمها او لطمها
او رفسها ففيه وجهان احدهما يحنث وهو قول ابي حنيفه والثاني
لا يحنث وقال مالك يحنث بكل ما يصل المه الى جسمه او قلبه
من شتم ونتف فان قال لعبده ان استخدمتك فانت حر فخدمه العبد
بغير امره لم يحنث وقال ابو حنيفه يحنث فيعتق وان حلف
ليضربن عبده مايه سوط فشد مايه سوط وضربه بها ونسك هل

اصابه الجميع او لم يصبه فالمنصوص انه يبر وقال المزني لا يبر وهو قول
ابي حنيفه وقال مالك لا يجب عليه ان يفرقها وعنده تعتبر وصول الالم
الى جسمه من الضرب وان حلف ليضربنه مايه ضربة فضربه بالمايه المشدوده
دفعة واحدة واصابه بالجميع ففيه وجهان احدهما لا يبر والثاني
يبر فان قال من بشرني بخبر زيد منكم فهو حر فبشره بخبر مكروه
لم يحنث في احد الوجهين وفي الثاني يحنث قال القاضي ابو الحسن الماوردي
والصحيح عندي انه ينظر في حال الحالف مع زيد فان كان صديقا
له لم يعتق بخبر المكروه وان كان عدوا له عتق فان حلف
لا يتكلم فقرا القران لم يحنث فيه قال احمد وقال ابو حنيفه
ان قرا خارج الصلوة حنث فان حلف لا يتكلم فسبح حنث وقال
ابو حنيفه ان كان في الصلوة لم يحنث فان حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو
اصم لم يحنث في احد الوجهين وان كاتبه او راسله ففيه قولان قال في
القديم يحنث وبه قال مالك وقال في الجديد لا يحنث وهو قول
ابي حنيفه واختيار المزني واضاف اليه اصحابنا اذا اشار اليه ويحرم
على المسلم ان يهجر اخاه فوق ثلثة ايام فان كان كاتبه او راسله فهل
يرتفع التحريم فيه وجهان احدهما انه يخرج من الهجران وهو قول ابن ابي
هريرة اذا قال والله لا كلمتك فاذهب او قم ونحو ذلك قال
الشيخ ابو نصر رحمه الله لم يذكر اصحابنا ذلك والذي يقتضيه المذهب
ان يحنث وقال اصحاب ابي حنيفه لا يحنث الا ان ينوي بقوله لامراته

فاذهبي لطلاق اذا قال رجل لاخر كلم زيد اليوم فقال والله لا كلمته
فان يمينه تختص اليوم الا ان ينوي ذلك فان كان في الطلاق ونوى
لم يقبل في الحكم وقال اصحاب ابو حنيفه تختص يمينه باليوم الا
ان يطول الكلام اذا حلف لا يسلم على فلان فسلم على قوم هو فيهم
واطلق نفيه قولان احدهما انه يحنث والثاني لا يحنث وان حلف
لا يدخل على فلان في بيت فدخل على جماعه في بيت هو فيهم واستثناه
بقلبه ففيه وجهان احدهما يحنث والثاني لا يحنث فان دخل عليه
دارا حنث في يمينه وحكي عن ابي العباس بن سريج انه كان لا يحنثه حتى
يدخل عليه وهو في بيت من الدار فان دخل عليه وهو في صحنها او صفتها
لم يحنث اذا حلف لا يركب دابة العبد لم يحنث في ركوب دابة مضاف
الى العبد رسمها مولاه وكذا حكم الدار وقال ابو حنيفه يحنث في الدابه
ولا يحنث في الدار اذا حلف لا يصلي حنث بالدخول في الصلوة وقال
ابو العباس يحنث اذا احرم وقد او ركع وقال ابو حنيفه يحنث اذا
سجد وان حلف لا يبيع او لا يهب او لا يتزوج لم يحنث الا بالايجاب
والقبول ومن اصحابنا من قال يحنث في الهبه بالايجاب وهو
قول ابي حنيفه وان حلف لا يهب له فتصدق عليه او اعمره حنث
في يمينه وقال ابو حنيفه لا يحنث بالصدقه ولا يحنث بالفاسد
من البيع والنكاح وقال ابو حنيفه يحنث في اليمين على البايع بفساده
دون النكاح وقال مالك يحنث بفاسدهما جميعا فان قال والله ما

تزوجت او ما صليت وكان قد تزوج نكاحا فاسدا او صلى صلوة فاسده
لم يحنث وقال محمد يحنث فان قال لامراته ان تزوجت عليك فانت
طالق فتزوج عليها نكاحا فاسدا لم يحنث وحكي على قول مالك
انه ان دخل بها يحنث كما لو نكح الوليان امراة من رجلين ودخل بها
الثاني حكاه في الحاوي فان قال ان لم اتزوج عليك فانت طالق
فتزوج عليها نكاحا صحيحا تخلص من يمينه وقال مالك لا يتخلص
من يمينه حتى يتزوج عليها من يكافيها في نسبها وجمالها وان حلف
لا تسريت ففيه ثلثة اوجه احدها انه يحنث بوطي الجاريه
وهو قول احمد والثاني انه يحنث بالوطي او التحصين وهو قول
ابي حنيفه والثالث انه لا يحنث الا بالوطي والتحصين والانزال واختلف
انه لا يملك عبدا وله مكاتب فالمنصوص انه لا يحنث وقال في
الام فلو ذهب ذاهب الى انه عبد ما بقي عليه درهم فانما اعني به في
حال دون حال فمن اصحابنا من جعل فيه قولا اخر انه يحنث وقال
ابو علي الطبري لا يحنث قولا واحدا وان حلف لا يرفع منكرا الى فلان
القاضي ولم ينو انه يرفع اليه وهو قاض فرفع اليه بعد العزل ففيه
وجهان احدهما انه لا يحنث والثاني انه يحنث وان حلف ما له مال
حنث بكل مال وقال ابو حنيفه لا يحنث الا باموال الزكاتيه استحسانا
وقال مالك المال هو الذهب والفضه فان كان له دين موجل ففي حنثه
به وجهان وقال ابو حنيفه الدين ليس بمال فلا يحنث به حالا وموجلا

وان كان له مال ضال ففي حنثه وجهان ولو حلف لا كلمت حينا فليس
بمقدر وقال مالك الحين سنة وقال ابو حنيفة واحمد الحين
ستة اشهر وكذلك الحقب والاحقاب غير مقدر وكذلك القريب
والبعيد غير مقدر وقال ابو حنيفة القريب دون شهر والبعيد
شهر والحقب ثمانون سنة وقال مالك الحقب اربعون سنة
اذا حلف لياكلن هذين الرغيفين لم يحنث باكل احدهما وحكي
عن مالك انه قال يحنث باكل احدهما وان حلف لا تزوج او لا طلق
فامر غيره فطلق عنه وتزوج لم يحنث فان حلف لا بعت ولا ضربت
فامر غيره حتى باع او ضرب وكان ممن لا يتولى ذلك كالسلطان
فالمنصوص انه لا يحنث وقال الربيع فيه قول اخر انه يحنث والاول
اصح وحكي عن ابي حنيفة انه قال اذا حلف لا اشتريت فوكل
فيه لم يحنث وان حلف لا تزوجت فوكل فيه حنث وان حلف
لا يحلق راسه فامر من حلقه ففيه طريقان احدهما انه على القولين
كالبيع في حق من لا يتولاه والثاني انه يحنث قولا واحدا فان حلف
لا يشرب ماء هذا النهر او ماء هذا البئر ففيه وجهان احدهما
وهو قول ابي العباس انه يحنث بشرب بعضه وهو قول ابي
حنيفة واحمد والثاني وهو قول ابي اسحق انه لا يحنث بشرب بعضه
وان حلف ليشربن ماء هذا النهر بشرب بعضه على قول ابي العباس
وعلى قول ابي اسحق لا يحنث الا بشرب جميعه وذلك يستحيل فيحنث

وفي وقت حنثه وجهان احدهما في الحال والثاني انه يحنث قبل موته فان حلف
لا يشرب ماء هذه الاداوة لم يحنث بشرب بعضه وان حلف لا اكلت
طعاما اشتراه زيد فاكل بعضه فقد حكي في الحاوي فيه وجهين
فان حلف لا شربت من الفرات فمتى شرب من مائه حنث سوا
كرع فيه او اخذ بيده او باناه وبه قال احمد وابو يوسف
ومحمد وقال ابو حنيفة لا يحنث حتى يكرع فيه ما يكرع الحمار وان
حلف لا ياكل طعاما اشتراه زيد فاكل من طعام اشتراه زيد وعمرو
لم يحنث في يمينه وقال ابو حنيفة يحنث فاما اذا اشترى كل واحد
منهما طعاما ثم خلطه فاكل منه ثلثه اوجه احدها انه ان اكل
النصف فما دونه لم يحنث وان اكل اكثر من النصف حنث
واختاره القاضي ابو الطيب رحمه الله والثاني وهو قول ابي اسحق
انه ان اكل النصف فما دونه لم يحنث وان اكل اكثر من النصف
حنث واختاره القاضي ابو الطيب رحمه الله والثاني وهو قول ابي اسحق
انه ان اكل الحبة والعشرين حبة لم يحنث وان اكل الكف والكفين
حنث وحكي في الحاوي الوجه الثالث قال ويشبه ان يكون قول
ابن ابي هريرة وهو قول البصريين انه ان كان الطعام مائعا كاللبن والعسل
حنث باكله قليلا كان او كثيرا وكذا الدقيق لانه كالمائع في الامتزاج
وان كان متميزا كالتمر والرطب فاكل اكثر من النصف حنث ولم
يحنث الكف والكفين وان حلف لا ياكل من طعام اشتراه زيد

فاكل من طعام ورثه زيد او اتهبه لم يحنث وقال مالك يحنث وان حلف
لا يدخل دار زيد فدخلها ناسيا او جاهلا بها او مكرها ففيه قولان
احدهما يحنث وهو قول ابي حنيفة ومالك والثاني وهو الاصح انه لا يحنث
وعن احمد ثلاث روايات روايتان كالقولين والثالث انه لا يحنث في
اليمين بالله والظهار ويحنث في الطلاق والعتاق وان حمله غيره
مكرها فادخله ففيه طريقان من اصحابنا من قال فيه قولان ومنهم
من قال لا يحنث قولا واحدا وحكي في الحاوي انه اذا حمله غيره بغير
امره فادخله لم يحنث وقال مالك ان استصعب على الحامل لم يحنث
وان تراخى عليه حنث لانه محتاج وان حلف ليأكلن هذا الرغيف
غدا فتلف الرغيف في يومه او في غد قبل التمكن من اكله
ففيه قولان كالمكره وان تلف في غد بعد ما يمكن من اكله
ففيه طريقان احد الطريقين فيه قولان والثاني انه يحنث قولا واحدا
وان اكله في يومه حنث في يمينه وقال ابو حنيفة ومالك لا يحنث وفي
وقت حنثه وجهان احدهما بطلوع الفجر من غد والثاني بغروب
شمسه واذا حلف ليقضينه حقه عند راس الشهر فقضاه قبله
او بعده حنث في يمينه وانما يبر اذا قضاه في اول جزء من الشهر وحكي
عن مالك انه قال راس الشهر اسم الليلة الاولة من الشهر مع يومها
وان حلف ليقضينه حقه الى شهر رمضان ولم يقض حتى دخل
الشهر حنث وان حلف ليقضينه حقه الى اول الشهر فقد اختلف

اصحابنا فمنهم من قال هو كما لو قال لاقضينه حقه الى شهر رمضان وقال
ابو اسحق هو كما لو قال لاقضينه حقه عند راس الشهر وهو ظاهر
النص فان كان له على رجل حق فقال له والله لا فارقتك حتى استوفي
حقي ففر غريمه لم يحنث في الحال في يمينه وقال ابو علي بن ابي هريرة
ففيه قولان كالقولين في المكره وليس بصحيح فان قال لاقضينك
حقك عند رمضان فاهل رمضان فما يعتبر في بره وحنثه وجهان
احدهما انه يعتبر امكان القضا فيه اذا اهل الشهر والثاني انه يحتمل
ان يكون جميع الشهر وقتاله وان قال لغريمه والله لا فارقتني حتى استوفي
حقي ففارقه الغريم ناسيا او مكرها ففيه طريقان احدهما
انه على قولين والثاني انه يحنث قولا واحدا والاول اصح فان اخذ منه
بدل حقه وفارقه حنث في يمينه وقال ابو حنيفة يبر في يمينه وقال
مالك ان كان بقيمة حقه بر في يمينه وان كان اقل من قيمة حقه
حنث في يمينه فان كان له عبدان فقال اذا جاء غد فاحدكما
حر فجاء غد وقد مات احدهما لم يتعين العتق في الباقي وقال ابو
حنيفة يعتق فان حلف لا يبيع متاع زيد فوكل زيد في بيع متاع
فباعه الحالف لم يحنث وقال مالك يحنث فان حلف ليقضينه
حقه فابراه منه وقلنا لا يفتقر الابرا الى القبول ففي الحنث
قولان كالمكره وان قلنا انه يفتقر الى القبول فقبل حنث
قولا واحدا وقال ابو حنيفة لا يحنث بالابرا فيه ۝ ۝

باب كفارة اليمين

اذا كرر اليمين على فعل واحد وقصد به الاستيناف وجب عليه كفارة
واحدة في اصح القولين وان لم يكن له نية وقلنا انه اذا نوى الاستيناف
يلزمه كفارتان فهاهنا قولان فان اراد التكفير بالمال فالمستحب
ان يكفر بعد الحنث فان كفر قبل الحنث اجزاه وهو قول مالك
واحمد وقال ابو حنيفة لا يجزيه التكفير قبل الحنث فان كان
الحنث معصية فهل يجوز التكفير فيه وجهان وفي التكفير في
الظهار قبل العود وفي القتل بعد الجرح وقبل الموت وجهان
ولا يجوز التكفير بالصوم قبل الحنث وقال مالك واحمد يجوز
كما يجوز بالمال فان اطعم خمسة وكسا خمسة لم يجزه وقال ابو
حنيفة يجوز ويقع احدهما عن نفسه والاخر على سبيل القيمة
وقال احمد يجوز وحكاه اصحابنا عن مالك والاطعام مقصود على
الحبوب المقتاتة كزكوة الفطر ثم فيه قولان احدهما انه يتخير
بين جميع الاقوات والثاني انه يخرج من الغالب وهل يجزي
في الكسوة القلنسوة فيه وجهان وهل يجزي الخف اذا اعطاه
رجلا فيه وجهان اصحهما انه يجزي والواجب عندنا ما يقع عليه اسم
الكسوة وروي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما انه قال لا يجزي
فيها اقل من ثلاثة اثواب قميص ومئزر ورداء وعن ابي موسى الاشعري
انه يجزي ثوبان واما الجلود والفرا في بلد تلبس في احدها وجهان

وان وجب عليه التكفير بالصيام ففيه وجهان احدهما انه لا يجزي الا
متتابعا وهو قول ابي حنيفة واحمد والقول الثاني انه يجوز متتابعا
ومتفرقا وهو قول مالك واحمد واما العبد فانه يكفر بالصوم اذا
حلف باذنه وحنث باذنه وان حلف باذنه وحنث بغير اذنه فهل
يجوز له ان يصوم بغير اذنه فيه وجهان اصحهما انه لا يجوز له الصوم
بغير اذنه فان كان الصوم لا يضر به كالصوم في الشتاء فهل يجوز
له ان يصوم بغير اذنه فيه وجهان ومن نصفه حر ونصفه رقيق
اذا ملك بنصفه الحر مالا لم يكفر بالعتق ويكفر بالاطعام والكسوة
ومن اصحابنا من قال فرضه الصوم وهو اختيار المزني والمذهب
الاول فان كفر العبد بالعتق باذن المولى لم يصح وان قلنا انه يملك
بالتمليك قال ابن القفال في التقريب قد قيل يصح منه ويثبت له
الولا وانكر اصحابنا ذلك وحكى في الحاوي في عتقه على قوله القديم
وجهين احدهما انه يصح فعلى هذا في ولايه وجهان احدهما انه
لمولاه والثاني انه موقوف وقال احمد يجوز له العتق وقال ايضا له
منعه من التكفير بالصوم وان حلف بغير اذنه

كتاب العدد

اذا طلق امراته بعد الخلوة وقبل الدخول ففي وجوب العدة قولان
اصحهما انه لا يجب عليها العدة والثاني تجب وهو قول ابي حنيفة
واذا وجبت العدة على المطلقة وكانت حاملا لم تنقضي عدتها

الا ان يوضع الحمل واقل مدة الحمل ستة اشهر واكثرها اربع سنين
وعن الزهري وربيعة والليث اكثر مدته سبع سنين وعن
مالك ثلث روايات اربع سنين وخمس سنين وقال ابو حنيفة
اكثره حولان وهو اختيار المزني فان وضعت مضغة لم
يظهر فيها خلق ادم وشهد اربع نسوة من اهل المعرفة
انه خلق ادمي ففيه طريقان احدهما انه تنقضي به العدة قولا واحدا
ومنهم من قال فيه قولان وان كانت من ذوات الاقرا فعدتها
بالاقرا وهي الاطهار وهو قول الفقها السبعة فقها المدينة
وهو قول مالك واحدى الروايتين عن احمد وقال ابو حنيفة الاقرا
هي الحيض وهو قول الثوري والرواية الاخرى عن احمد فان قال
انت طالق في اخر جزء من اجزا طهرك كان اول الاقرا الطهر الذي
بعد الحيض وخرج ابو العباس وجها اخر انه يجعل زمان الذي
صادفه الطلاق في الطهر قرا وليس بصحيح اذا طلقها في
طهر قد جامعها فيه اعتد ببقيته قرا وقال ابو عبيد القسم بن
سلام لا يعتد ببقيته قرا لانه طلاق بدعة فاما اخر العدة
فقد روى المزني انها اذا رات الدم بعد الطهر الثالث
انقضت العدة برؤية الدم وروى البويطي لانه لا تنقضي العدة
حتى يمضي يوم وليلة من الحيض فمن اصحابنا من جعل المسألة على قولين
ومنهم من قال هي على اختلاف حالين فاذا رات الدم لعادة انقضت

عدتها برؤيته واذا راته لغير عادة اعتبر يوم وليلة قال الشافعي رحمه الله
ولو علمنا ان طهر امراة اقل من خمسة عشر يوما جعلنا القول فيه قولها
قال في الحاوي وذلك باحد وجهين اما بان يتكرر طهر المراة
مرارا متوالية اقلها ثلث مرار من غير مرض ان تفرق ولم
يتوال ووجد مرة واحدة من جماعة نسا اقلهن ثلث لم يصر عادة
وهل يراعي ان يكون ذلك في فصل واحد من عام واحد فيه
وجهان احدهما انه يراعي وجود ذلك بينهن في فصل واحد فان
اختلف الفصول لم تصر عادة والثاني ان ذلك غير معتبر وتصير
عادة مع اختلاف الفصول ويعتبر خبر نسا ثقات يقبل شهادتهن
ولا يقبل خبر المعتدة في حق نفسها وفي قبوله في حق غيرها
وجهان احدهما لا يقبل ولم يثبت طهر من خمسة عشر فلا
يقبل قولها وهل يكون ما راته من الحيض من العدة فيه وجهان
احدهما انه يكون من العدة فعلى هذا لو راجعها فيه صحت الرجعة
وان تزوجت فيه لم يصح النكاح والثاني انه ليس من العدة وقال
ابو حنيفة اذا انقطع دمها من الحيضة الاخيرة لدون الاكثر لم
تنقض عدتها حتى تغتسل وقال احمد لا بد من الغسل في انقضا العدة
بكل حال واقل ما يمكن انقضا العدة فيه اذا كان قد طلقها
طاهرا اثنان وثلثون يوما ولحظتان وقال ابو يوسف ومحمد لا
يقبل قولها في اقل من سبعة وثلثين يوما وقال ابو حنيفة

لا يقبل في اقل من ستين يوما فاعتبر اكثر الحيض عنده واقل الطهر
وحكى الداركي عن ابي سعيد الاصطخري انه قال اذا كان لها عادة لم
يقبل قولها الا بعد مضي ثلثة اقرا بحكم العادة وقال زفر اقله اربعة
وسبعون يوما فان اخبرت بانقضا عدتها لدون اثنين وثلثين يوما
ولحظتين لم يقبل قولها فاذا مضى عليها الزمان الذي يمكن فيه انقضا
العدة فالذي حكاه القاضي ابو الطيب انها ان كانت مقيمة على
ما اخبرت به لم نحكم بانقضا العدة وان قالت وهمت في
الاخبار والان انقضت عدتي قبل قولها وحكى الشيخ ابو حامد
انه اذا مضى زمان الامكان انقضت العدة فان كانت من ذوات الاقرا
فارتفع حيضها لعارض من مرض او رضاع انتظر زواله وان ارتفع
بغير سبب معروف ففيه قولان احدهما تمكث الى ان تعلم براة
رحمها ثم تعتد عدة الايسة وبه قال احمد ومالك وقال في القديم
الجديد تمكث الى ان تايس من الحيض ثم تعتد عدة الايسة وبه
قال ابو حنيفة فعلى قوله الجديد في القدر الذي يمكث
قولان احدهما تسعة اشهر وهو قول مالك واحمد والثاني اربع سنين
ثم تعتد بعد ذلك فان حاضت قبل العلم ببراة رحمها او قبل
انقضا عدتها بالشهور اعتدت بالاقرا وان حاضت بعد انقضا
العدة وقبل ان تتزوج ففيه وجهان احدهما انه لا يلزمها الاعتداد
بالاقرا والثاني يلزمها فاذا قلنا بقوله الجديد انها تعتد في الى الاياس

ففي الاياس قولان احدهما يعتبر اياس اقاربها الاقرب فالاقرب اليها
والثاني يعتبر اياس العالم وهو ان تبلغ اثنين وستين سنة فان
كانت ممن لا تحيض ولا تحيض مثلها كالصغيرة والايسة اعتدت بثلثة
اشهر فان كان الطلاق في اثنا الشهر اعتدت بقيته اشهر ثم
اعتدت بشهرين بالاهلة ثم تتم الشهر الاول بالعدد ثلثين يوما
من الشهر الرابع وقال ابو محمد عبد الرحمن بن بنت الشافعي تعتد
بثلثة اشهر بالعدد كاملة وقال ابو حنيفة تعتد بشهرين
بالهلال وتحتسب بقية الاول وتعتد من الرابع بقدر ما فاتها من
الاول تاما كان او ناقصا وحكى اصحابنا عن مالك والاوزاعي انه لا
تحتسب بالساعات وانما تحتسب باول الليل اذا طلقها بالنهار
واذا طلقها بالليل احتسب من اول النهار وان كانت ممن لا تحيض
ولكنها من سن تحيض فيه النسا اعتدت بالشهور وبه قال
ابو حنيفة وقال احمد في احدى الروايتين عنهما اذا كانت في سن المحيض
اعتدت بسنة غالب مدة الحمل تسعة اشهر ومدة العدة ثلثة
اشهر فان شرعت الصغيرة في العدة بالشهور ثم حاضت لزمها
الانتقال الى الاقرا وهل تحتسب ما مضى من الشهر قرا فيه وجهان
احدهما تحتسب وهو قول ابي العباس والثاني وهو قول ابي اسحق انه لا
تحتسب فان ولدت ولدا ولم تر حيضا قبله ولا نفاسا بعده ففي عدتها
وجهان احدهما وهو قول الشيخ ابي حامد الاسفرايني انها تعتد

بالشهور والثاني انها تكون بمنزلة من تباعد حيضها وان كانت من ذوات
الشهور وهي امة ففيها ثلثة اقوال احدها انها تعتد بشهرين
والثاني تعتد بثلثة اشهر والثالث انها تعتد بشهر ونصف وهو
قول ابي حنيفة وعن احمد ثلث روايات فان اعتقت الامة في اثنا
العدة ففيها ثلثة اقوال احدها انها تتم عدة امة وهو قول
مالك والثاني انها ان كانت رجعية اتمت عدة حرة وان كانت بائنا
اتمت عدة امة وهو قول ابي حنيفة واحمد والثالث وهو الاصح انه
يلزمها ان تتم عدة حرة وهو اختيار المزني وعدة الامة قرآن وقال
داود واهل الظاهر عدتها كعدة الحرة ثلثة اقراء فان اختارت
الرجعية المعتقة الفسخ فمن اصحابنا من قال فيها قولان ومنهم من قال
تتم عدة حرة قولا واحدا وتجب عدة الوفاة من غير الدخول وحكي عن
ابن عباس انها لا تجب من غير دخول كعدة الطلاق فان فقدت المراة
زوجها وانقطع عنها خبره ففيه قولان احدهما وهو قوله القديم
ان لها ان تفسخ النكاح وتتزوج والثاني وهو قوله الجديد وهو الاصح
انه ليس لها الفسخ فاذا قلنا بقوله القديم فعدت اربع سنين ثم تعتد
عدة الوفاة ثم تتزوج وهو قول مالك واحمد واسحق وروي عن عمر بن
الخطاب والاول قول ابي حنيفة وقال ابو اسحق تعتبر ابتدا المراة المدة
من حين امرها الحاكم بالتربص ومن اصحابنا من قال يعتبر من حين انقطع
خبره والاول اظهر وهل يفتقر بعد انقضا المدة الى الحكم بالفرقة

فيه وجهان احدهما لا يفتقر والثاني يفتقر وهل تقع الفرقة ظاهرا او
باطنا فيه وجهان وقيل قولان احدهما تقع ظاهرا وباطنا والثاني
ينفذ في الظاهر دون الباطن فان قضى الحاكم بالفرقة فهل ينقض
حكمه على قوله الجديد فيه وجهان فان رجع المفقود ردت زوجته
اليه على قوله الجديد وعلى قوله القديم اذا قلنا لا ينفذ حكمه في الباطن
ترد اليه ايضا وان بان ان المفقود كان قد مات وقت الحكم بالفرقة
فهل ينفذ ذلك على قوله الجديد فيه وجهان بنا على القولين فيمن وصى
بمكاتبه ثم بان ان الكتابة فاسدة ه

باب
مقام المعتدة والمكان الذي تعتد فيه

تجب السكنى في حال العدة على الزوج فان اراد الزوج بيع الدار في حال
العدة وكانت العدة بالشهور ففي صحة البيع طريقان احدهما انه كبيع
العين المستاجرة وفي صحته قولان والثاني انه لا يصح قولا واحدا وهو
قول ابي اسحق وفيه طريقة ثالثة وهي قول ابي علي بن ابي هريرة انها
ان كانت معتدة يجوز ان تنقل عدتها من الشهور الى الاقرا كالمراهقة
لم يصح البيع وان كانت معتدة لا يجوز ان تنتقل الى الاقرا فالبيع جائز
كالاجارة فان حجر على الزوج ثم طلقها ضربت مع الغرما بحقها من السكنى
في مدة العدة فان لم يكن لها عادة في الحمل ولا في الاقرا فقد قال ابو علي
بن ابي هريره واختاره الشيخ ابي حامد رضي الله عنهما انها تضرب مع الغرما

باقل مدة الحمل وهي ستة اشهر واقل مده ثلثة اقرا وهي اثنان وثلثون
يوما وشاعتان اعتبار باليقين فيما يستحقه قال القاضي ابو الحسن الماوردي
عندي انها تعرف معهم بالغالب من مدة الحمل وهي تسعة اشهر
المدة والغالب من مدة الاقرا وهو ثلثة اشهر والاول اصح اذا كان لها
عادة فيما تنقضي به عدتها من تلك العدد فان زادت مده العدة
على العادة ففيه ثلثه اوجه احدها انها ترجع على الغرما بما نقى
لها والثاني لا ترجع عليهم بشي والثالث انها ان كانت عادتها بالاقرا
لم ترجع وان كان بوضع الحمل اقامت البينة على وقت الوضع ورجعت
عليهم وان توفي عنها زوجها فقلنا انها تستحق السكني وكانت
مسكن الزوج لزمها ان تعتد فيه وان كانت في مسكن لها في عدة
الطلاق او في عدة الوفاة في احد القولين لم تجز لها الانتقال
عنه عند البذاة واستطالة فان لم تطالب بالاجرة حتى انقضت العدة
ففيه وجهان احدهما انها تستحقها عليه والثاني انها تسقط فان امر
الزوج امراته بالانتقال الى دار اخرى فخرجت بنية الانتقال ثم مات
او طلقها وهي بين الدارين ففيه وجهان احدهما انها مخيرة بين
الدارين في الاعتداد والثاني وهو الاصح انه يلزمها الاعتداد في الدار
الثانية وفيه وجه ثالث انه يعتبر القرب فتعتد في الدار التي تكون اقرب
اليها فان اذن لها في السفر فخرجت من البيت ثم وجبت عليها العدة
قبل مفارقة البنيان ففيه وجهان احدهما وهو قول ابي سعيد الاصطخري

ان لها ان تعود ولها ان تمضي في سفرها والثاني وهو قول ابي اسحق انه
يلزمها ان تعود وتعتد ما لم تفارق بنيان البلد وحكي عن ابي هريرة
انه لا يستقر لها حكم السفر حتى تنتهي الى مسافة يوم وليلة وان
وجب عليها العدة وقد فارقت البنيان فكانت في سفر نقلة
ففيه وجهان كما لو طلقت بين الدارين وان كانت في سفر حاجة
وقدر لها اقامة مدة معه من شهرا واثنين ففيه قولان احدهما
ان لها ان تقيم المدة المقدرة وهو اختيار المزني والثاني لا تقيم اكثر
من اقامة مسافر وهو ثلثة ايام فان انقضى ما جعل لها في المقام وعلمت
انها اذا عادت لم يبق من مدة العدة شيئا ففيه وجهان احدهما انه
لا يلزمها العود والثاني يلزمها وان طلق الملاح امراته في السفينة
ولا مسكن له سوى سفينته فهي بالخيار بين ان تعتد معه في السفينة
وبين ان تصعد عنها وتعتد معه في بلد ثم فيه وجهان احدهما
انها تعتد في اي بلد شا والثاني انها تعتد في اقرب البلاد اليها وهو
الاصح وقال ابو حنيفه اذا طلقها او مات عنها وبينها وبين مسكنها
دون ثلثة ايام وجب الرجوع وان كان بينها وبينه مسيرة ثلثة ايام وبينها
وبين الموضع الذي قصدته دون ثلثة ايام لزمها المضي اليه والاعتداد فيه
وان كان بينها وبين كل واحد من البلدين ثلثة ايام فان كان الموضع الذي
هي فيه موضع اقامة اقامت فيه وان لم يكن فيه موضع اقامة كان
لها ان تمضي الى مقصدها فاذا ما احرمت بالحج ثم وجبت عليها العدة وخافت

فوات الحج لزمها المضي فيه وقال ابو حنيفة يلزمها الاقامة حتى تنقضي
العدة فان فاتها الحج وان وجب عليها جلد في الزنا وهي حايل
ففي تغريبها قبل انقضا العدة وجهان احدهما لا تغرب الا بعد انقضا
العدة والثاني انها تغرب مع بقا العدة الى حصن موضع فان استكملت
حول التغريب قبل انقضا العدة ردت الى منزلها لتقضي بقيتها
لم يكن له نقلها وان كان في بلد عرف اهله بالكري ففيه وجهان
احدهما ليس له ذلك والثاني له ذلك وان اذن لها الخروج في العدة
بالنهار لحاجة جاز في عدة الوفاة وهل يجوز في عدة الطلاق
فيه قولان اصحهما وهو قوله الجديد انه يجوز له فيه ٥

باب الاحداد ٥

الاحداد واجب في عدة الوفاة وهو ترك الزينة وما يدعوا الى
النكاح وحكي عن الحسن البصري والشعبي انه لا تجب عليها الاحداد
وفي المعتدة المبتوتة قولان قال في القديم تجب عليها الاحداد وهو
قول سعيد بن المسيب وابي حنيفة واحدى الروايتين عن احمد وقال
في الجديد لا احداد عليها وبه قال مالك والرواية الاخرى عن
احمد ومن وجب عليها الاحداد حرم الاكتحال بالاثمد والصبر وقال
ابو الحسن الماسرجسي ان كانت سوادا لم تحرم والمذهب الاول وتحرم
عليها حلي الذهب والفضة وحكى ابن المنذر عن عطا انه قال تحرم
عليها الذهب دون الفضة وتحرم عليها ما صبغ من الثياب للزينة وقال

ابو اسحق ما صبغ غزله ثم نسج لم يحرم وهو العصب والمذهب الاول وما
صبغ بالسواد لا يمنع من لبسه فانه شعار المصايب وحكي في وجوب
لبسه في الاحداد وجهان احدهما تجب والثاني انه يستحب وان عمل على
البياض طرز كبار حرم عليها لبسه وان صغار ففيه وجهان احدهما
تحرم والثاني لا تحرم وفيه وجه ثالث انها ان ركبت بعد النسج
كانت زينة محضة وان كانت نسجة معها لم يمنع من لبسها والصغيرة
والكبيرة في الاحداد سوا وقال ابو حنيفة لا احداد على الصغيرة
والذمية اذا كانت تحت مسلم وجب عليها الاحداد والعدة وبه قال
مالك وقال ابو حنيفة تجب عليها العدة ولا تجب الاحداد وكذلك
اذا كان زوجها ذميا قال ابو حنيفة لا تجب عليها الاحداد ولا
العدة ٥

باب اجتماع العدتين ٥

اذا تزوجت المراة في حال العدة ووطيها الزوج الثاني جاهلا
بالتحريم وجب عليها اتمام عدة الاول واستيناف للثاني وبه قال
احمد وقال ابو حنيفة تتداخل العدتان وعن مالك روايتان فان كانت
حاملا ولحق الحمل باحدهما اعتدت بوضعه عنه واستانفت العدة
الاخرى بالاقرا وان لم يكن ان يكون الحمل من واحد منهما ففيه
وجهان احدهما انه لا تعتد به عن واحد منهما فعلى هذا اذا وضعت الحمل
اكملت عدة الاول واستانفت العدة للثاني بثلثة اقرا والوجه الثاني
انها تعتد به عن احدهما لا بعينه وان رات على الحمل دما وقلنا انها

تحيض وقلنا لا تعتد بالحمل فهل تعتد بالحيض فيه وجهان فان تزوج امراة
في عدة غيره ووطيها فقد قال في القديم تحرم عليه على التابيد وبه قال
مالك واحمد رواية وقال البصريون من اصحابنا ان هذا القول حكاه عن مالك
وليس بقول له وقال في الجديد لا تحرم عليه وهو قول ابي حنيفة فان طلق
امراته طلقة رجعية ثم وطيها في العدة وجب عليها عدة بالوطي
فان حبلت من الوطي صارت في عدة الوطي وهل يدخل فيه بقية عدة
الطلاق فيه وجهان احدهما يدخل والثاني لا يدخل فان قلنا يتداخلان
كانت في العدتين الى ان تضع فان قلنا لا يتداخلان فهي معتدة بالحمل
عن وطي الشبهة الى ان تضع فاذا وضعت اتمت عدة الطلاق فله ان يراجعها
في البقية بعد الوضع وهل له ان يراجعها قبل الوضع فيه وجهان
احدهما ليس له ان يراجعها فيه والثاني له ان يراجعها فيه فان وطيها الزوج
والثاني واتت بولد يمكن ان يكون من كل واحد منهما فان وصى له بشي
وصح القبول له ثم مات ولم يتعين نسبه من احدهما وشك في استحقاقه
للثلث او السدس بان يكون للميت اخوان اذا كان من احدهما واخ واحد
اذا كان من الاخر ففي قدر ما يستحقه من الميراث وجهان حكاهما ابو
اسحق احوطهما ان يعطى السدس والثاني وهو الاقيس ان يعطى الثلث
قال ابو اسحق اذا خالع امراته بعد الدخول فله ان يتزوجها في العدة وقال
المزني لا يجوز فان تزوجها انقطعت العدة وقال ابو العباس لا ينقطع حتى
يطاها فان طلقها قبل ان يطاها اتمت بقية العدة وبه قال مالك وقال

ابو حنيفة تجب عليها استيناف العدة وكذا ان كانت الطلقة رجعية فراجعها
ثم طلقها وقال داود تسقط العدة بالرجعة والنكاح وتحل للازواج
بالطلاق من غير عدة فان وجد امراة على فراشه وظنها زوجته فوطيها
وجب عليها العدة فان لم تحبل ففي العدة وجهان احدهما تعتد بثلثة اقرا
والثاني انها تعتد عدة امة اذا طلق امراته بعد الدخول طلقة ثم راجعها
ثم طلقها قبل ان يطاها ففيه قولان احدهما انها ترجع الى العدة الاولى فتتمها
والثاني وهو الاصح انها تستانف العدة وهو قول ابي حنيفة رحمه الله
واختيار المزني وقال داود لا عدة عليها وان طلقها ومضى عليها قرا
وقرءان ثم طلقها من غير رجعة ففيه طريقان قال ابو سعيد الاصطخري
وابو علي بن خيران هي كالمسالة قبلها فيكون على قولين وقال ابو اسحق تبني
على عدتها قولا واحدا وهو الاصح اذا تزوج عبد بامة ودخل بها ثم طلقها
طلاقا رجعيا ثم اعتقت الامة وفسخت النكاح ففيه طريقان احدهما
انها على قولين والثاني انها تستانف العدة قولا واحدا المتوفى عنها
زوجها اذا كانت حاملا فعدتها بوضع الحمل وهو قول عامة الفقها
وحكي عن علي وابن عباس رضي الله عنهما انهما قالا تعتد باقصى الاجلين
من مدة الحمل او الاقرا اذا حبلت المراة من الوطي في النكاح الفاسد كانت
عدتها بوضع الحمل فاذا وضعت حلت وحكي عن حماد بن ابي سليمن واسحق
انهما قالا لا تنقضي عدة الحامل حتى تضع من النفاس اذا مات صغير لا
يولد لمثله وله زوجة حامل لم تنقضي عدتها بوضعه وقال ابو حنيفة تنقضي

عدتها بوضعه له اذا مات الزوج او طلق فالعدة من حين الموت او الطلاق
سوا علمت الزوجة بذلك ولم تعلم حتى مضى زمان العدة وهو قول
عامة الفقها وحكي عن علي رضي الله عنه انه قال عدتها من حين
بلغها وهو قول داود وقال عمر بن عبد العزيز والشعبي ان ثبت ذلك
بينة فمن حين مات وان كان بخبر مخبر فمن حين بلغها اذا خلا الرجل
بامراته ثم اختلفا في الاصابة فادعاها احدهما وانكر الاخر ففيه قولان
قال في الجديد القول قول المنكر وقال في القديم القول قول ابو علي
المدعي ٥

باب استبرا الامة وام الولد ٥

من ملك امة ببيع او هبة او ارث او شي لزمه ان يستبريها فان كانت حايلا
تحيض استبراها بقرء وفي القرا قولان احدهما انه طهر والثاني وهو
الاصح ان القرء حيض وان كانت ممن لا تحيض لصغر او كبر ففيه قولان
احدهما انها تستبري بشهر والثاني تستبري بثلثة اشهر وان اشترى
جارية بشرط الخيار فحاضت في مدة الخيار فان قلنا انه لا يملك قبل
انقضا الخيار لم يعتد بذلك عن الاستبرا وان قلنا انه يملك ففيه
وجهان احدهما انه لا يعتد به والثاني يعتد به فان ملكها ببيع او وصية
فوضعت او حاضت قبل القبض ففيه وجهان احدهما لا يعتد به
وهو قول ابي حنيفة والثاني يعتد به وحكي في الحاوي عن مالك
انها اذا حاضت في يد البايع اقل الحيضة وبقي اكثرها في يد المشتري

اعتد به وان مضى اكثرها في يد البايع وبقي اقلها في يد المشتري لم يعتد به و تستانف
الاستبرا وان كانت امته ثم رجعت اليه بالفسخ لزمه ان يستبريها قال
ابو حنيفة لا يلزمه استبراها وكذلك اذا ارتد المولى او الامة ثم عاد
الى الاسلام لزمه الاستبرا وقال ابو حنيفة لا يلزمه وان كانت مزوجة
فطلقها زوجها فان كان قبل الدخول لزمه ان يستبريها وان كان بعد
الدخول وانقضاء العدة فهل يلزمه ان يستبريها فيه وجهان احدهما
انها لا تحل له حتى يستبريها والثاني تحل له وهو قول ابي علي بن ابي هريرة
ولو باع امة من امراته او حرم ثم تقايلا لم يكن له وطيها حتى يستبريها
وقال ابو حنيفة ان تقايلا قبل القبض لم يلزمه الاستبرا
وان كان بعد القبض لزمه لا فرق بين الاستبرا بين الصغيرة والكبيرة
والثيب وبه قال ابو حنيفة وقال مالك ان كانت ممن يوطا مثلها
لم يجز له وطيها قبل الاستبرا وان كانت ممن لا يوطا مثلها جاز له
وطيها وقال داود ان كانت بكرة جاز له وطيها قبل الاستبرا
وقال الليث ان كان مثلها يحبل لزمه استبراها وان لم
يحبل مثلها لم يلزمه وهل يحرم عليه التلذذ بها دون الوطي من
الاستمتاع اذا كان قد ملكها من جهة من لا حرمة له كان فيه وجهان
احدهما لا يحل والثاني يحل وان وطي زوجته بشبهة حرم عليه
وطيها قبل انقضا العدة وهل يحرم عليه التلذذ بها بما دون
الفرج فيه وجهان ومن ملك امة جاز له بيعها قبل الاستبرا

وان كان قد وطيها وبه قال ابو حنيفة ومالك وقال النخعي والثوري
والحسن البصري وابن سيرين تجب الاستبرا على البايع دون المشتري
ويكون الاستبرا في يد المشتري وقال مالك ان كانت قبيحة كان في
يد المشتري وان كانت جميلة ففي يد عدل وان كان له امة فاراد تزويجها
وقد وطيها لم تجز حتى يستبريها وكذلك ان اشترى امة قد وطيها
البايع لم تجز له ان يزوجها حتى يستبريها وكذلك اذا اعتقها
قبل ان يستبريها لم تجز له تزوجها حتى يستبريها وبه قال
احمد وقال ابو حنيفة تجوز ان يزوجها قبل ان يستبريها وتجوز ان
يتزوج امته التي اعتقها قبل التي اعتقها قبل ان يستبريها وهذه
مسئلة ابي يوسف مع الرشيد فانه اشترى امة وتاقت نفسه الى جماعها
قبل ان يستبريها تجوز له ان يعتقها ويتزوجها ويطاها اذا اعتق
ام ولده او عتقت بموته وجب عليها الاستبرا بقرو وهو حيضة
وهو قول مالك واحمد وقال ابو حنيفة تعتد بثلثة اقرا وقال
عبد الله بن عمرو بن العاص اذا مات عنها المولى اعتدت باربعة
اشهر وعشرا وروي ذلك عن احمد وبه قال داود وان كان بين
رجلين جارية فوطياها ففيه وجهان احدهما انها تجب استبراان والثاني
تجب استبرا واحد فان اشترى امة فظهر بها حمل فادعى البايع انه
ولده وانكر المشتري فهل يلحق البايع نسب الولد ففيه قولان
احدهما قاله في القديم انه يلحقه وقال في البويطي لا يلحقه ٥

كتاب الرضاع

اذا ثاب للمراة لبن على ولد فارتضع منها طفل له دون الحولين
خمس رضعات متفرقات صار الطفل ولدها في تحريم النكاح
وفي جواز الخلوة واولاده ولدها وتصير اما له وامهاتها وآباؤها
اجداده واولادها اخوته واخواته واخوتها واخواتها اخواله
وخالاته فان كان ولدها ثابت النسب من رجل صار الطفل ولده
واولاده اولاد ولده وصار الرجل اباه واباؤه اجداده وامهاته
جداته واولاده اخوته واخواته واخوته واخواته اعمامه وعماته
وقال داود وابن علية اللبن للمراة دون الرجل فلا تحرم على
زوجها نكاح المرتضعة بلبنها منه ولا يثبت تحريم الرضاع بما
دون خمس رضعات وبه قال احمد في اصح الروايات عنه وقال
مالك وابو حنيفة تحرم الرضعة الواحدة وهو احدى الروايات
عن احمد وقال ابو ثور وداود تحرم الثلث واختاره ابن المنذر
ولا يثبت تحريم الرضاع بما يرتضعه بعد الحولين وهو قول الشعبي واحمد
وابو يوسف ومحمد ومالك في احدى الروايات عنه وروي عنه ان
زاد شهر اجاز وروي شهرين وقال ابو حنيفة تحرم الرضاع في ثلثين
شهرا وروي عن عايشة رضي الله عنها انها قالت تحرم ابدا وبه
قال داود وقال زفر تحرم في ثلث سنين ويعتبر ان يكون الرضعات
متفرقات في خمسة اوقات حملا على العرف في ذلك وهو ان

يقطع باختياره من غير عارض فان قطعت عليه المرضعة ففيه وجهان
احدهما ان ذلك لبث رضعة والثاني انه رضعة فان ارضعته امرأة
اربع رضعات ثم عاد الى الاولى فارتضع منها فقطع وعاد الى الاخرى
في الحال وارتضع منها ففيه وجهان احدهما انه لا يتم العدد من
واحدة منهما والثاني انه يتم من كل واحدة منهما ويثبت التحريم
بالوجور والسعوط وقال داود لا يثبت التحريم بواحد منهما وبه قال
احمد في احدى الروايتين عنه وهل يثبت بالحقنة فيه قولان
احدهما يثبت وهو اختيار المزني والثاني لا يثبت وهو قول
ابي حنيفة واحمد ومالك فان حلبت لبنا كثيرا وسقته في خمسة
اوقات فالمنصوص انه رضعة واحدة وقال الربيع فيه قول اخر
انه خمس رضعات فمن اصحابنا من قال هو من تخريجه والمسألة على قول واحد
ومنهم من قال فيه قولان اصحهما انه رضعة وان حلبت خمس دفعات
وسقته الصغير مرة واحدة ففيه طريقان من اصحابنا من قال هو
على القولين كالمسألة قبلها ومنهم من قال رضعة قولا واحدا وان حلبت
منها خمس مرات وجمع في اناء ثم فرق وسقته خمس مرات ففيه
طريقان من اصحابنا من قال يثبت التحريم قولا واحدا ومنهم من قال
هو على قولين فان جبن اللبن واطعم الصغير يتعلق به التحريم وبه
قال احمد وقال ابو حنيفة لا يتعلق به التحريم وان خلط اللبن بمايع
او جامد واطعمه الصغير تعلق به التحريم وبه قال احمد وقال ابو حنيفة

ان خلط بالماء اعتبر الغالب فان كان الماء غالبا لم يتعلق به التحريم وكذلك
اذا اختلط بالدواء او بلبن بهيمة وان اختلط بالطعام ظاهرا فيه لم
لم يتعلق في جميع ذلك فلا يتعلق التحريم به ولا يثبت التحريم بلبن
الميتة وقال ابو حنيفة ومالك واحمد يثبت التحريم بلبنها ولا يثبت
التحريم بلبن البهيمة وحكي عن بعض السلف انه قال يثبت التحريم
بلبن البهيمة وحكي عن بعض السلف انه قال يثبت التحريم بلبنها
فاذا شرب طفلان من لبن بهيمة صارا اخوين ولا يثبت التحريم بلبن
الرجل وقال الكرابيسي يثبت كما يثبت بلبن المرأة وان نزل للخنثى
لبن واشكل حاله فقد قال ابو اسحق ان قال النساء ان مثل هذا
اللبن على غزارته لا يكون الا لامرأة حكم بانه امرأة ومن اصحابنا
من قال لا يجعل اللبن دليلا اذا كان لها لبن على ولد من زوج وطلقها
وتزوجت باخر وحبلت من الثاني وبلغت الى حال ينزل للحمل لبن
وزاد اللبن فان ارضعت به طفلا ففيه قولان قال في القديم هو
ابنهما وبه قال ابو يوسف ومحمد واحمد وزفر وقال في الجديد هو ابن
الاول وبه قال ابو حنيفة وان انقطع اللبن ثم عاد في وقت ينزل للحمل
لبن فارضعت به طفلا ففيه ثلثة اقوال احدها انه ابن الاول والثاني وبه
قال ابو يوسف والثالث انه ابنهما فاما اذا نزل اللبن بعد الولادة فهو
للثاني وقال احمد هو بينهما وان وطئ رجلان امرأة وطئا يلحق به
النسب فاتت بولد وارضعت بلبنه طفلا كان الطفل ابنا لمن يلحقه

نسب الولد فان لم يكن له ولد وصى المرتضع بلبنهما قولان احدهما انه
ابنهما والثاني انه لا يكون ابنهما فعلى هذا هل يخير المرتضع بينهما
في الانتساب الى احدهما فيه قولان احدهما انه لا يخير والثاني انه
يخير اذا بلغ فان قلنا لا يخير فهل له ان يتزوج بينتهما فيه ثلثة اوجه
اصحها انه لا يحل له نكاح بنت واحد منهما والثاني انه يجوز ان يتزوج
ببنت كل واحد منهما على الانفراد ولا يجمع بينهما اذا كان لرجل
خمس امهات اولاد ولهن لبن فارضع من كل واحدة منهن
رضعة ففيه وجهان احدهما وهو قول ابي العباس بن سريج
وابي القسم الانماطي وابي بكر بن الحداد انه لا يصير ابا له
والثاني وهو قول ابي اسحق وابي العباس ابن القاص انه يصير الصبي
ابا له وهو الصحيح فان كان له زوجة كبيرة وزوجة صغيرة فارضعت
الكبيرة الصغيرة خمس رضعات انفسخ نكاحها وهو قول ابي
حنيفة وحكي في الحاوي عن ابن ابي ذيب ان النكاح لا ينفسخ برضاع
الضرائر وحكي عن مالك انه اذا لم يدخل بالكبرى بطل نكاحها
وثبت نكاح الصغرى وعن الاوزاعي انه اذا لم يدخل بالكبرى بطل
نكاحها وثبت نكاح الصغرى وعن الاوزاعي انه اذا لم يدخل بالكبرى
ثبت نكاحها وبطل نكاح الصغرى وان كان له زوجتان صغيرتان
فجاءت امراة فارضعت احداهما خمس رضعات ثم ارضعت الاخرى
خمس رضعات ففيه قولان احدهما انه ينفسخ نكاحها وهو قول

ابي حنيفة واحمد وهو اختيار المزني والثاني انه ينفسخ نكاح الثانية
ومن افسد نكاح امراة بالرضاع فالمنصوص انه يلزمه نصف مهر
المثل ونص في الشاهدين بالطلاق اذا رجعا على قولين احدهما
انه يلزمهما مهر المثل والثاني انه يلزمهما نصف مهر المثل
ومن اصحابنا من جعل المسئلتين على قولين بنقل الجوابين احدهما يجب
مهر المثل والثاني يجب نصفه وهي طريقة ابي سعيد
الاصطخري وقال ابو اسحق يجب في الرضاع نصف المهر وفي الشهادة
جميعه وهذا هو الصحيح وعليه التفريع وحكي فيه طريقة
ثالثة انه في الرضاع يرجع بنصف المهر والشهادة على اختلاف
حالين فحيث قال يرجع على الشاهدين بجميع المهر اذا كان
الزوج قد ساق المهر اليها جميعه وحيث قال يرجع بنصفه اذا كان
قد دفع اليها نصفه اذا كان لرجل زوجة صغيرة فجا خمسة انفس
فارضع كل واحد منهم الصغيرة من لبن ام الزوج او اخته رضعة
وجب على كل واحد منهم نصف المهر وان كانوا ثلثة فارضع
واحد رضعة وكل احد من الاخرين رضعتين من لبن ام الزوج ففيه
وجهان احدهما انه يجب على كل واحد منهم ثلث نصف المهر
والثاني انه يتقسط على عدد الرضعات فيجب على من ارضع رضعة
الخمس من نصف المهر وعلى من ارضع رضعتين الخمسان ولا فرق
في وجوب الضمان على المرضعة بين ان يكون قد قصدت افساد

النكاح او لم يقصد وبه قال احمد وحكي عن اصحابنا عن مالك انه قال لا ضمان
على المرضعة وقال ابو حنيفة ان قصدت اتلاف البضع على الزوج
ضمنت وان لم تقصد فلا ضمان وعند اذا ضمنت تضمن نصف المسمى
وهو قول احمد فان ارضعت الصغيرة من ام زوجها وهي نائمة خمس
رضعات سقط مهرها ولا يرجع الزوج عليها بشي وان ارضعت
الصغيرة من الام رضعتين والام نائمة وارضعتها الام تمام الخمس
والزوجة نائمة ففيه وجهان احدهما يسقط من نصف المسمى
نصفه وهو الربع ويجب الربع والثاني انه يقسط على عدد الرضعات
فيسقط من نصف المسمى خمسان فان اشتركا في الرضاع بان يبتدي
الصغيرة في كل رضعة بالتقام الثدي وتمكنها الكبيرة من
شربه ففيه وجهان محتملان احدهما انه يغلب فيه فعل الكبيرة
والثاني انهما فيه سوا فيسقط بقسط فعل الصغيرة وهو
نصف مهرها اذا اعترف الرجل في امراة انها اخته من
الرضاع او اعترفت المراة بذلك في رجل لم يجز ان يتزوج بها
وان كانت زوجته انفسخ النكاح بينهما وبه قال احمد ولا يقبل
رجوعه وقال ابو حنيفة اذا رجع عن ذلك وقال وهمت او اخطأت
قبل فان قال هي اختي من الرضاع لم يفتقر الى ذكر العدد ان كان
من اهل الاجتهاد فقد ذكر في الحاوي انه يحتمل وجهين احدهما
انه يلزمه ذكر العدد والثاني انه لا يلزمه ذلك فان ادعت الزوجة

ان بينها وبينه رضاعا وكذبها حلف لها وفي صفة يمينه وجهان
احدهما على نفي العلم والثاني على البت والقطع وان شك في قولها
ففي جواز احلافه وجهان بنا على صفة يمينه ٥

كتاب النفقات

اذا سلمت المراة الى الزوج وعرضت عليه وهي صغيرة لا تجامع
مثلها ففيه قولان اصحهما انه لا تجب لها النفقة وهو قول
ابي حنيفة واحمد وان كانت الزوجة كبيرة والزوج صغيرا ففيه
قولان اصحهما وجوب النفقة والثاني لا نفقة وهو احدى الروايتين
عن احمد فان منعته نفسها بصوم تطوع ففيه وجهان اصحهما
سقوط النفقة وان شرعت في صوم القضا مع اتساع وقته او
صوم الكفارة فهل له اجبارها على الفطر فيه وجهان مخرجان
من اختلاف قوليه تحليلها من الاحرام بالحج واما قضا الصلوات
الواجبة اذا ارادت فعلها واراد الاستمتاع بها ففيه وجهان
احدهما وهو قول الشيخ ابي حامد يقدم حقه والثاني انه يقدم حق
القضا واختاره في الحاوي وذكر انه الاصح وان كان الزوجان
كافرين فاسلمت المراة ولم يسلم الزوج لم تسقط نفقتها وقال
ابو علي بن خيران فيه قول اخر انها تسقط والاول اصح وان اسلم
الزوج وتخلفت في الشرك سقطت نفقتها فان اسلمت في العدة
فهل تجب لها النفقة لما مضى في الشرك فيه قولان احدهما انها

تستحق والثاني لا تستحق وان ارتدت المراة بعد الدخول سقطت نفقتها فان
عادت الى الاسلام في العدة فهل تجب نفقة ما مضى في الردة فيه طريقان من
اصحابنا من قال فيه قولان كالكافرة اذا تخلفت في الشرك ثم اسلمت
ومنهم من قال لا تجب قولا واحدا اذا سلمت الامة الى زوجها بالليل دون
النهار ففيه وجهان احدهما وهو قول ابي علي بن ابي هريرة انه تجب
لها نصف النفقة واختاره في الحاوي والثاني وهو قول ابي اسحق وظاهر
المذهب انه لا تجب شي من النفقة فان استخدمه السيد وجب عليه
نفقة زوجته وفي قدر ما يضمنه وجهان احدهما يضمن لها جميع النفقة
والثاني انه يضمن لها اقل الامرين من نفقتها او كسب زوجها
وان سافرت المراة باذن زوجها في حاجة نفسها ففيه قولان
احدهما انه لا نفقة لها وبه قال ابو حنيفة واحمد والثاني لها النفقة فاما
اذا هربت الزوجة من زوجها الى موضع لا يعرفه او الى موضع يعرفه
وامتنعت عن تمكينه سقطت نفقتها وبه قال الجماعة وحكي عن الحكم
بن عتيبة انه قال لها النفقة وتجب على العبد نفقة زوجته حرة
كانت او امة مسلمة كانت او كتابية وحكى اصحابنا عن مالك انه قال
ان لم يشترط في عقد النكاح لم تجب

باب قدر النفقة

اذا كان الرجل موسرا وهو الذي يقدر على النفقة بماله او كسبه لزمه
في كل يوم مدان وان كان معسرا وهو الذي لا يقدر على النفقة بمال ولا كسب
مد وان كان متوسطا وجب مد ونصف وقال ابو حنيفة ومالك
يعتبر بحال المراة فيجب بقدر كفايتها وقال احمد يعتبر بحال الزوجين فعلى
الموسر للفقيرة نفقة متوسطة ومن نصفه حر ونصفه رقيق تجب
عليه نفقة المعسر وقال المزني رحمه الله ان كان موسرا بما فيه من
الحرية وجب عليه مد ونصف فان اتفقا على اخذ العوض عن الطعام
الواجب في النفقة فيه وجهان احدهما لا يجوز والثاني يجوز وهو
الاصح وان كانت المراة ممن لا تخدم نفسها وجب لها خادم ولا يجب لها
اكثر من خادم واحد وبه قال ابو حنيفة واحمد وقال مالك ان كانت
ممن تخدم في دار ابيها بخادمين واكثر وجب لها ذلك على الزوج ولا
يجوز ان يكون الخادم الا امراة او ذا رحم محرم لها وفي الشيخ الهم ومملوكها
وجهان وهل يجوز ان يكون يهوديا او نصرانيا فيه وجهان احدهما يجوز
والثاني لا يجوز فان قال الزوج انا اخدمها بنفسي ففيه وجهان احدهما
وهو قول ابي اسحق انه يلزمها الرضا به والثاني لا يلزمها فان اختارت
امراة تخدمها واختار الزوج غيرها ففيه وجهان احدهما ان
الخيار اليها والثاني ان الخيار الى الزوج وفي ادم الخادمة وجهان احدها
انه يجب من جنس ادمها والثاني انه يكون دون ادمها وهو المنصوص
عليه وتجب ان يدفع اليها نفقة كل يوم اذا طلعت الشمس والكسوة
في كل ستة اشهر فان دفع اليها الكسوة لمدة فانقضت المدة والكسوة
باقية فيه وجهان اصحهما انه يلزمه تجديدها قال القاضي ابو الحسن الماوردي
والاصح عندي من اطلاق هذين الوجهين ان ينظر في الكسوة

فان بقيت بعد مدتها لجودتها لم يستحق بدلها وان بقيت بعدها للصيانة للبسها
استحقت بدلها كما لو لم تلبسها فان دفع اليها كسوة الشتا او الصيف
فبانت قبل انقضايه ففيه وجهان احدهما انه تسترجع والثاني لا
يسترجع فان قبضت كسوة فصل فارادت بيعها لم يمنع منه وقال
ابو بكر بن الحداد المصري لانه لا يجوز وقال ابو الحسن الماوردي
البصري اذا ارادت بما دونها في الجمال لم يجز وان قبضت النفقه وارادت
ان يبيعها او تبدلها بغيرها لم يمنع منه ومن اصحابنا من قال ان ابدلته
بما تنتقض باكله كان له منعها والمذهب الاول فان دفع اليها نفقه
شهر ثم ماتت او طلقها قبل مضيه كان له ان يسترجع نفقه
ما بقي من الشهر وبه قال احمد ومحمد وقال ابو حنيفه وابو يوسف
لا يسترجعها لا مثله

باب الاعسار بالنفقه واختلاف الزوجين

اذا اعسر الزوج بنفقة المعسر
ثبت لها الفسخ وكذلك الكسوة وبه قال مالك واحمد وقال الزهري
وابو حنيفه واصحابه ليس لها الفسخ ولكنه يرفع يده عنها لتكتسب
وان اعسر بالمسكن ثبت لها الفسخ وحكي الشيخ الامام ابو اسحق في المهذب
في المسكن وجهين وحكى انه لا يفسخ بالعجز عن الادم وحكى الشيخ ابو نصر
فيه وجهين وحكى في الكسوة المسكن وجها واحدا انه يفسخ فان وجد
في اول النهار ما يغديها به وفي اخره ما يعشيها به ففيه وجهان احدهما لها
الفسخ والثاني ليس لها وان غاب عنها ولم تعرف موضعه او تعذرت عليها

مطالبته بالنفقه فقد ذكر الشيخ ابو حامد انه اذا لم يثبت اعساره لم يثبت لها
الفسخ وذكر ابو الطيب انه اذا تعذرت النفقه عليها بغيبته ثبت لها
الفسخ وله وجه جيد وفي وقت الفسخ قولان احدهما ان لها الفسخ في الحال
والثاني انها تمهل ثلثة ايام اذا وجد التمكين من المراة ومضت مدة لم
ينفق عليها استقرت النفقة دينا في ذمته ولم يسقط بمضي الزمان
قال مالك وهو احدى الروايتين عن احمد وقال ابو حنيفه تسقط بمضي
الزمان الا ان يفرضها الحاكم ويصح ضمان ما استقر منها بمضي الزمان
وهل يصح ضمانها قبل الاستقرار فيه قولان بنا على القولين هل
تجب بالعقد او بالتمكين اصحهما انه تجب بالتمكين وهو قوله الجديد
وقال في القديم تجب بالعقد واختلف اصحابنا في تحرير العبارة عن
ذلك فقال ... البغداديون تجب بالتمكين المستند الى العقد
فجعلوا الوجوب متعلقا بالتمكين وتقدم العقد شرطا وقال البصريون
تجب بالعقد والتمكين فجعلوا الوجوب متعلقا بالعقد والتمكين شرط
وفايدته في زمان الذاهب للتمكين هل يستحق فيه النفقه فمن جعل
التمكين علة لم يوجبها في زمان الذاهب فان اختلف الزوجان في الانفاق
فقالت لم تنفق علي وقال الزوج بل انفقت عليك ولم تكن بينة فالقول
قول الزوجة وبه قال ابو حنيفه واحمد وقال مالك ان كان معها فالقول
قوله فان اختلفا في نفقه ماضية للامة وانكر وصدقه المولى قال اصحابنا
يثبت دعواه بتصديق المولى وانما يكون شاهدا له بذلك قال الشيخ ابو نصر

رحمه الله وفي هذا نظر لان النفقة الماضية حق للمولى لا حق للامة فيها

باب نفقة المعتدة

اذا كانت المعتدة باينا فلها النفقة ان كانت حاملا وهل تجب النفقة للحمل او للحامل فيه قولان احدهما انها للحمل وهو قوله القديم والثاني وهو الاصح انها للحامل وفي وقت وجوب الدفع قولان احدهما لا تجب الدفع حتى تضع والثاني تجب الدفع يوما فيوما وان كانت حايلا فلا نفقة لها ولها السكنى وهو قول مالك والاوزاعي والفقها السبعة وقال ابو حنيفة تجب لها النفقة وحكي عن ابن عباس رضي الله عنه انه قال لا تجب لها نفقة ولا سكنى وهو قول الشعبي والحسن البصري وعطا واحمد والزهري وان مات عن امراته بعد الدخول وبقي حملها لم تجب عليه النفقة وهل تجب عليه النفقة وهل تجب فيه السكنى فيه وجهان احدهما تجب والثاني لا تجب اما المعتدة عن الوفاة فلا تجب لها النفقة حاملا كانت او حايلا وحكي عن علي وابن عمر رضي الله عنهما ان لها النفقة اذا كانت حاملا وفي وجوب السكنى قولان احدهما لا تجب وهو قول ابي حنيفة وهو اختيار المزني رحمه الله والثاني تجب وهو قول مالك وان جلست امراة المفقود اربع سنين وفرق الحاكم بينهما وتزوجت وقلنا بقوله الجديد سقطت نفقتها فان عادت الى بيت الزوج فهل تعود نفقتها فيه وجهان احدهما تعود والثاني لا تعود ومن اصحابنا من قال ان كان الحاكم قد فرق بينهما وامرها بالاعتداد فاعتدت

وفارقت زوجها البيت ثم عادت اليه عادت النفقة اذا طلبت المعتدة السكنى بعد مضي المدة فقد نص الشافعي رحمه الله انه يسقط سكنى ما مضى ونص في المبتوتة الحامل انه تجب لها نفقة ما مضى فمن اصحابنا من خرجها على قولين واكثر اصحابنا حمل الجوابين على ظاهرهما وفرق بينهما

باب نفقة الاقارب والرقيق والبهايم

لا تجب نفقة من عدا الوالدين والمولودين من الاقارب كالاخوة والاعمام وقال ابو حنيفة كل ذي رحم محرم يستحق النفقة على قريبه فنفقة من عدا الوالدين والمولودين تجب مع اختلاف الدين دون اختلافه وقال احمد تجب على كل وارث كالاخ وابنه والعم وابنه ولا يستحق القريب على قريبه النفقة من غير حاجة فان كان معسرا عاجزا عن الكسب لعدم البلوغ او للزمانة او الكبر او الجنون استحق عليه النفقة وان كان قادرا على الكسب بالصحة والقوة فان من الوالدين ففيه قولان احدهما يستحق وهو قول ابي حنيفة واحمد والثاني لا يستحق وان كان من المولودين ففيه طريقان احدهما انه على القولين ومنهم من قال لا يستحق قولا واحدا واذا بلغ الولد صحيحا سقطت نفقته في ظاهر المذهب ذكرا كان او انثى وقال ابو حنيفة نفقة الانثى لا تسقط حتى تتزوج وحكي عن مالك فان كان الذي يستحق النفقة اب وابن وهما موسران ففيه وجهان احدهما ان النفقة على الاب والثاني انهما سوا فان كان له اب وام وهما موسران فالنفقة على الاب وكذا اذا اجتمع ام وجد ابو الاب فالنفقة على الجد وقال ابو حنيفة واحمد

على الجد ثلثا النفقة وعلى الام الثلث وقال مالك لا تجب النفقة على الام
ولا على الجد وقال ابو يوسف ومحمد ان اعسر الاب تحملتها الام لترجع عليه
اذا ايسر وان مات الاب كانت على الجد دون الام وان كان له بنت وابن
بنت ففيه قولان احدهما ان النفقة على البنت والثاني انها على ابن البنت
وان كان له ام وام اب ففيه وجهان احدهما انهما سوا والثاني ان النفقه
على ام الاب فان اجتمع ام ام اب واب ام اب اب ففيه وجهان احدهما
انهم سوا في تحمل النفقه والوجه الثاني انه يتحملها ام اب الاب
قال القاضي ابو الحسن الماوردي وجها ثالثا وهو الاصح عندي انه اذا اجتمع
فيهم وارث وغير وارث مع التساوي في الدرجه فالوارث احق بتحملها
كما يقدم العصبة في تحملها على من ليس بعصبة فان اجتمع اب ام وام اب
فالذي ذكره الشيخ ابو حامد رحمه الله ان القرابتين اذا اجتمعا من جهة
الاب والام وكانت لاحديهما عصبة فهي اولى وان بعدت وان لم تكن فيهما
عصبة فالاقرب اولى وان كانا سوا واحدهما يدلي بعصبة ففيه وجهان
احدهما انه يقدم المدلي بالعصبة والثاني هما سوا ولم يفرق بين الذكر
والانثى وحكي عن القاضي ابي حامد رحمه الله انه قال الجد للام اولى فان
كان الجد من قبل الام ابعد فقد ذكر فيه وجهين احدهما عليه والثاني على
الجدة فان كان من تجب عليه النفقة يقدر على نفقة قريب واحد وله قريبان
تجب لهما النفقة كالاب والام ففيه ثلثة اوجه احدها ان الام اولى والثاني
ان الاب احق والثالث انهما سوا وحكي عن مالك انه قال لا تجب عليه نفقه

امه مع قدرته عليها وان كان له اب وابن ففيه وجهان احدهما ان الابن
احق والثاني ان الاب احق وان كان له ابن وابن ابن او اب وجد ففيه وجهان
احدهما ان الابن والاب احق والثاني انهما سوا فان كان له بنت موسرة
وام موسرة فنفقته على بنته وقال ابو حنيفه واحمد يكون على الام
الربع والباقي على البنت فان كان له ابن وبنت وهما موسران فنفقته
على الابن وقال ابو حنيفه النفقة عليهما بالسوية وقال احمد
على الابن ثلثاها وعلى البنت ثلثها كالميراث فان كان له بنت وابن
فالنفقه على الابن وقال ابو حنيفه على البنت وقال احمد على البنت
الثلث وعلى ابن الابن الثلثان فان كان له بنت وخنثى مشكل ففيه
وجهان احدهما ان النفقه على الخنثى والثاني ان النفقة بينهما وهو الاقيس
وان كان له اب فقير مجنون او فقير زمن واحتاج الى الاعفاف وجب
عليه اعفافه على المنصوص وخرج ابو علي بن خيران قولا اخر انه لا تجب
والمذهب الاول وان كان الاب صحيحا قويا وقلنا تجب نفقته وجب اعفافه
وان قلنا لا تجب نفقته ففي اعفافه وجهان احدهما لا تجب والثاني
تجب وهو قول ابي اسحق فان وطي الاب جارية ابنه ولم يكن الابن قد وطيها
لم تجب عليه الحد وحكي في الحاوي عن الزهري وابي ثور انه تجب عليه الحد
وهل يعزر على هذا الوطي فيه وجهان اصحهما انه يعزر وتحرم على الابن
ولا تجب على الاب قيمتها وحكي في الحاوي عن العراقيين انه تجب عليه قيمتها
بسبب تحريمها على الابن وان كان قد وطيها ففي وجوب الحد على الاب وجهان

احدهما عليه الحد اذا علم بالتحريم والثاني لا حد عليه قال في الحاوي يمكن ان يكون تخريج الوجهين من اختلاف قوليه في وجوب الحد بوطي اخته من الرضاع في ملك يمين وان احبلها ولم يكن الابن قد احبلها لحقه نسب الولد وهل تصير ام ولد فيه قولان اصحهما انها تصير ام ولد وهو اختيار المزني فعلى هذا تجب عليه قيمتها لولده ومهرها وقال ابو حنيفه لا تجب المهر مع القيمة فان اجتمع اب الام مع اب الاب فقد قال الشيخ الامام ابو حامد قال وفي هذا نظر فان زوج اباه امراة او سراه بجارية ثم ماتت ففيه وجهان احدهما انه لا تجب اعفافه والثاني انه تجب وهو الاصح فان احتاج الولد الى الرضاع وجب على القريب ارضاعه فان امتنعت الزوجة من ارضاعه لم تجبر عليه وبه قال ابو حنيفه واحمد وقال ابو ثور تجبر عليه وعن مالك روايتان احديهما مثل قول ابي ثور والمشهور عنه انها ان كانت ممن لا ترضع ولدها في العادة لم يلزمها وان كانت ممن ترضعه لزمها وان طلبت المراة ان ترضع ولدها كان له منعها فان تراضيا عليه فهل يلزمه ان يزيدها في نفقتها فيه وجهان احدهما يلزمه وهو قول ابي سعيد وابي اسحق والثاني لا يلزمه زيادة فان ارادت ارضاعه باجرة ففيه وجهان احدهما انه لا تجوز وهو قول الشيخ ابي حامد والثاني انه تجوز فان ارضعت ولد غيره باذنه فهل يسقط نفقتها فيه وجهان كالمسافرة باذن زوجها فاما اذا طلبت الارضاع باجرة المثل بعد البينونة فلها ذلك فان كان للاب من يتطوع بالارضاع او من يرضع بدون اجرة المثل ففيه قولان احدهما

ان الام احق والثاني ان الاب احق وقال ابو حنيفه لا يسقط حق الام من الحضانة وليس على الاب الاجرة ولكنه ياتي بالمرضعة ترضعه عندها والمملوك الذي يلي اصلاح طعام مولاه يستحب له ان يجلسه معه لياكل معه فان ابا اطعمه منه وايهما افضل فيه وجهان اصحهما ان اجلاسه معه افضل لما فيه من التواضع وانه ياكل ما يكفيه والكسوة بالمعروف ويستحب ان تسوى بين عبيده وامايه فيها الا ان يكون فيهن سرية فيفضلها في الكسوة في اصح الوجهين فان كان له بهيمة فلم ينفق عليها اجبره السلطان على ذلك وبه قال احمد وقال ابو حنيفه لا تجبره ولكنه يامره بذلك على سبيل الامر بالمعروف والنهي عن المنكر

باب الحضانة

ولا يثبت الحضانة لرقيق ولا فاسق ولا كافر على مسلم وقال ابو سعيد الاصطخري يثبت الحضانة للكافر على المسلم والمذهب الاول ولا حضانة للمراة اذا تزوجت وحكي عن الحسن البصري انه قال لا تسقط حضانتها فان طلقت الزوجة عاد حقها من الحضانة وقال المزني ان كان الطلاق رجعيا لم يعد وهو قول ابي حنيفه اذا اجتمع النسا وهن من اهل الحضانة من غير رجل فالام وامهاتها احق بالحضانة فاذا عدم من يصلح للحضانة من الام وامهاتها ففيه قولان احدهما ينتقل الحضانة الى الاخت وتقدم على ام الاب فعلى هذا يكون الحضانة للاخت من الاب والام ثم للاخت من الام ثم للخالة ثم لام الاب ثم للعمة وقال في الجديد ام الاب احق بالحضانة من الاخت وهو الصحيح وهو قول ابي حنيفه فاذا عدمت الامهات من قبل الاب والام وان

عاولن انتقلت الحضانة الي الاخوات فتقدم الاخت من الاب والام ثم الاخت من الاب
ثم الاخت من الام فيتقدم علي الخالات والعمات وبه قال احمد وقال المزني وابو
العباس بن سريج يتقدم الاخت من الام علي الاخت من الاب وهو قول
ابي حنيفه رحمه الله ثم يتقدم الخالات علي العمات فان اجتمع الرجال وهم
من اهل الحضانة وليس معهم نسا قدم الاب ثم ينتقل الي اباىه الاقرب
فان عدم الاجداد انتقلت الحضانة الي من بعدهم من العصبات ومن
اصحابنا من قال لا يثبت الحضانة لغير الابا والاجداد من العصبات والمذهب
الاول فان اجتمع الرجال والنسا من اهل الحضانة فالام احق من الاب
وكذا امهاتها وان بعدن وان اجتمع الاب مع ام نفسه او الاخت من الاب قدم
الاب عليهما وان اجتمع مع الاخت من الام والخالة ففيه وجهان احدهما
ان الاب احق وهو ظاهر النص والثاني وهو قول ابي سعيد الاصطخري
وهو قول ابي حنيفه انه يتقدم الاخت والخالة علي الاب فان اجتمع الاب وام
والام الاب والاخت من الام او الخالة ينبني علي القولين في الاخت والخالة اذا
اجتمعا مع ام الاب فان قلنا ان الاخت والخالة يتقدمان علي ام الاب قدمت
الاخت والخالة علي الاب وام الاب فان قلنا ... الجديد
ان ام الاب يتقدم علي الاخت والخالة ينبني علي الوجهين فيه اذا اجتمع الاب
مع الاخت من الام والخالة فان قلنا بظاهر النص ان الاب احق منهما كانت
الحضانة له وان قلنا بالوجه الاخر وان الحضانة للاخت والخالة ففي
المسله هاهنا وجهان احدهما ان الحضانة للاخت والخالة والثاني

ان الحضانة للاب فان اجتمع الجد مع الاخت والام ففيه وجهان احدهما ان الجد
اولى والثاني ان الاخت احق فان عدم الامهات والابا ففيه ثلثة اوجه احدها
ان النسا احق والثاني ان العصبات احق من الاخوات والعمات والثالث
انه ان كان العصبات اقرب قدموا وان كان النسا اقرب قدمن وان استويا في
القرب قدم النسا فان عدم اهل الحضانة من العصبات والنسا وله
اقارب من رجال ذوي الارحام ومن يدلي بهم ففيه وجهان احدهما انهم
احق من السلطان والثاني ان السلطان احق من رجال ذوي الارحام فان كان
للطفل ابوان فثبت الحضانة للام فامتنعت من الحضانة فقد ذكر
ابو سعيد الاصطخري وجهين فيه احدهما ان الحضانة تنتقل الي الام كما لو جنت
الام والثاني تكون للاب فان اجتمع الاخ مع اخته ففيه وجهان
احدهما ان الاخ اولى والثاني ان الاخت اولى اذا كانت الام مملوكه
لم يكن لها حضانة فان كان الولد مملوكا فحضانته لسيده والاولى لسيده
ان يسلمه الي امه لتحضنه وهل يجوز ان يسلمه الي غيرها ففيه وجهان
احدهما انه ذلك والثاني ليس له فان افترق الزوجان وبينهما ولد له سبع
سنين او ثمان سنين وهو مميز وتنازعا في كفالته خير بينهما فان اختار احدهما
وكان ابنا فاختار الام كان عندها بالليل وياخذه الاب بالنهار ويسلمه
في مكتب او صنعة وان اختار الاب كان عنده ليلا ونهارا ولا يمنعه
من زيارة امه وان كان بنتا كانت عند من تختاره ليلا ونهارا ولا يمنع الاخذ
من زيارتها من غير تبسط ولا اطالة وقال احمد ان كان الولد ذكرا اخير

وان كان انثى لم تخير والام احق بها وقال ابو حنيفه ومالك لا يجوز التخيير
الا ان ابا حنيفه يقول ان كان ذكرا فعند الام حتى يستقل بنفسه
فيلبس بنفسه ويأكل بنفسه ويستنجي بنفسه ثم الاب احق به وان كان انثى
فحتى تتزوج او تحيض ومالك يقول ان كان ذكرا فالام احق به ما لم
يثغر وروي عنه الى البلوغ ايضا فان كانت انثى فالام احق بها ما لم تتزوج
ويدخل بها الزوج فان لم يكن له اب ولا جد فان قلنا لا حق لغير الاب
والجد من العصبات في الحضانة كان عند الام الى ان يبلغ وان قلنا له حق
في الحضانة فان كان محرما خير بين الام وبينه وان لم يكن محرما خير
الابن دون البنت فان افترق الزوجان وبينهما ولد فاراد احدهما السفر
به والطريق امن الى بلد امن ليقيم فيه فالاب احق به مقيما كان او مسافرا
وحكي عن الشيخ ابي حامد فيما علق عنه انه كان يقول ان انتقل الى ما دون
ستة عشر فرسخا فالام احق به وبه قال مالك واحمد وقال ابو حنيفه
ان كان الاب هو المنتقل فالام احق به وان كانت هي المنتقلة فان انتقلت
الى بلد فهي احق به وان انتقلت من بلد الى قرية فالاب احق به فان استويا
في شروط الحضانة وفي احدهما زيادة في الدين او في المال او في المحبة
ففيه وجهان احدهما ان ذلك شرط معتبر فيقدم به والثاني انه لا
يرجح به احدهما

كتاب الجنايات

باب تحريم القتل ومن يجب عليه القصاص به ومن لا يجب

ولا يخلد القاتل في النار وتصح توبته منه وحكي عن ابن عباس وزيد بن ثابت
رضي الله عنهما وهو قول الضحاك بن مزاحم انه يخلد في النار ولا تقبل له توبة
يقتل الناقص بالكامل ولا يقتل الكامل بالناقص ولا يعتبر في التكافؤ
في الدية فيقتل الرجل بالمراة والمراة بالرجل واليهودي بالمجوسي والمجوسي
باليهودي وحكي عن عطا انه قال اذا قتل الرجل بالمراة كان وليها
بالخيار ان شا اخذ ديتها ستة الاف وان شا دفع الى القاتل ستة الاف
وقتله ولا يقتل المسلم بالكافر وبه قال عطا والحسن البصري
ومالك والاوزاعي والثوري واحمد وابو ثور وقال ابو حنيفه يقتل
بالذمي ولا يقتل بالمستامن وبه قال الشعبي والنخعي وهو المشهور
عن ابي يوسف وروي عنه في الامالي انه يقتل المسلم بالمستامن اذا قتل
كافر كافرا ثم اسلم القاتل فانه يقتل وكذلك اذا جرح كافر كافرا
ثم اسلم الجارح ومات المجروح فانه يقتل وقال الاوزاعي لا يقتل ومن
اصحابنا من حكى في ذلك قولين احدهما كقول الاوزاعي وليس بمعروف
فان قتل عبد مسلم لمسلم عبدا مسلما لذمي ففي وجوب القود وجهان اصحهما
انه يجب ولا يقتل حر بعبد وبه قال مالك واحمد وقال ابو حنيفه
يجب عليه القود يقتل بعبد غيره ولا يقتل بعبد نفسه وقال
النخعي يقتل بعبد نفسه وعبد غيره وهو قول داود اذا قتل عبدا مكاتبا
وجب عليه القود وقال ابو حنيفه اذا خلف وفاء وله وارث غير المولى
لم يجب القود فان قتل من نصفه حر ونصفه رقيق فقد حكى القاضي ابو الطيب

رحمه الله في المجرد انه لا يقتل به لانه يودي الى ان يقتل نصفا حرا بنصف
نصفه حر ونصفه رقيق وهو قول القفال قال الشيخ ابو نصر رحمه الله و
هذا نظر لان القصاص يقع بين الجملتين فلا اعتبار بالتفضيل والاول
اصح فان جرح مسلم مسلما فارتد المجروح وعاد الى الاسلام ولم يقم في الرده
زمانا يسري فيه الجرح ففيه قولان اصحهما انه يجب القود وان قطع يد
مسلم وارتد المقطوع ومات على الردة وجب القصاص عليه في الطرف
في اصح القولين وان قتل مرتد ذميا عمدا وجب عليه القود في اصح القولين وهو
اختيار المزني وان قتل ذمي مرتدا لم يجب عليه قصاص ولا دية في اصح الوجوه
والثاني انه يجب عليه القصاص ان كان القتل عمدا والدية ان كان خطا
وقال ابو سعيد الاصطخري يجب عليه القود ان كان قد قتله عمدا ولا يجب الدية
ان كان قد قتله خطا وان حبس السلطان مرتدا فاسلم وخلاه فقتله مسلم لم
يعلم باسلامه ففيه قولان احدهما انه لا قصاص عليه والثاني يجب عليه
القصاص وان قتل مسلم الزاني المحصن لم يجب عليه القود على المنصوص ومن
اصحابنا من قال يجب عليه ولا يجب القود على الوالد بقتل ولده وبه قال
ربيعة والثوري وابو حنيفة واحمد واسحق وقال مالك اذا تعمد قتله قتل به
عندي من ذكر اصحابه وحكى اصحابنا عنه انه ان قتله حذفا بالسيف لم يقتل
به وحكى القاضي ابو الطيب رحمه الله عن عثمان البتي وداود انه يقتل الولد
بولده ويقتل الابن بابيه وان جنى المكاتب على ابيه وهو في ملكه ففيه
وجهان احدهما انه لا يقتص منه والثاني يقتص منه واومى اليه الشافعي رحمه

الله في بعض كتبه فان قتل المسلم ذميا او قتل الاب ابنه في المحاربة ففيه قولان
احدهما لا يجب عليه القصاص والثاني يجب ويقتل الجماعة بالواحد اذا اشتركوا
في قتله وروي ذلك عن عمر وعلي وابن عباس وعطا ومالك وابو حنيفة
واحمد في احدى الروايتين عنه والمذهب انه يستحق كمال نفس كل
واحد منهم في مقابلة الجزء من نفسه تغليظا وقال الحليمي يستحق من روح
كل واحد منهم جزءا في مقابلة جزء من روح المقتول الا انه لا يمكن استيفا
ذلك الجزء الا باستيفا الباقي فيستوفي الجميع والاول اصح وحكي عن عبد الله
بن الزبير ومعاذ بن جبل انه لا يقتل الجماعة بالواحد ولكن الولي يقتل واحدا
منهم وياخذ من الباقين حصصهم من الدية وقال داود وربيعة لا يجب
على واحد منهم قوله وان كانت جراحة بعضهم عمدا وجراحة بعضهم خطا وسرت
الى النفس فلا قصاص على واحد منهم وقال مالك يجب القود على
شريك المخطي وهو احدى الروايتين عن احمد وان اشترك الاب والاجنبي
في قتل ولده وجب القود على الاجنبي وقال ابو حنيفة لا قود على واحد
منهما وان اشترك صبي وبالغ في القتل فان قلنا ان عمده خطا وهو قول
ابي حنيفة ومالك واحمد فلا قود على شريكه وان قلنا ان عمده عمد وجب
القود على شريكه وان جرح نفسه وجرحه اخر او جرحه سبع وجرحه
اخر ففيه قولان احدهما يجب القود على الجارح والثاني لا قود عليه وان جرحه
رجل فتداوى بسم غير موحي الا انه يقتل في الغالب او خالط جرحه
لحم حي او خاف التاكل فقطعه فمات ففي وجوب القود على الجاني طريقان

من أصحابنا من قال فيه قولان أحدهما يجب عليه القود والثاني لا يجب كما لو شارك
من جرح نفسه ومنهم من قال لا قود عليه قولا واحدا وإن كان على رأس مولى عليه
سلعة فقطعها وليه ففيه قولان أحدهما يجب القود على الولي والثاني لا قود
عليه وإن كان الوالي أبا أو جدا فقد حكى في الحاوي في وجوب الضمان عليهما
وجهين أحدهما أنه يجب الضمان والثاني لا يجب وليس بشيء

باب ما يجب به القصاص من الجنايات

إذا غرزه بإبرة في غير مقتل كالألية والفخذ فإن بقي ضمنا حتى مات
وجب عليه القود وإن مات في الحال ففيه وجهان أحدهما وهو قول
أبي إسحق أنه يجب عليه القود والثاني وهو قول أبي سعيد الإصطخري
وأبي العباس أنه لا يجب هذا ذكره الشيخ أبو حامد قال الشيخ أبو نصر
رحمه الله وهذا التفصيل لا وجه له عندي لأنه إن كانت العلة أنه لا
يقتل غالبا فلا فصل بين أن يبقى ضمنا وبين أن يموت في الحال وإن كان
يقول إنه إذا لم يزل ضمنا فقد مات منه وإذا مات في الحال لم يعلم أنه مات
منه فينبغي أن يكون الوجهان في وجوب الضمان إذا مات في الحال
دون القود قال أبو علي في الإفصاح قد قال الشافعي رحمه الله في الأم ولو ضرب
رجلا بسيف وضربه أسد ونمر وخنزير وكان ضرب السبع ثقلا لا يقتل
في الغالب أو جرحا خفيفا كالخدش فلا قصاص على من شركه وكذا
قال إذا جرحه فخالط جرحه ثم مات فعلى الجاني نصف الدية ولم يجعل المخالطة
بالإبرة عمدا قال الشيخ أبو نصر رحمه الله وهو الصحيح ولا قود في شبه العمد وهو

بالسوط والعصا وعن مالك روايتان إحداهما أنه إذا قصد به القتل وجب القود وهذا
خلاف الحديث فإن ضربه بمثقل كبير من حديد أو خشب أو حجر فقتله فقد وجب
عليه القود وبه قال مالك وأحمد وابن أبي ليلى وأبو يوسف ومحمد وقال
الشعبي والحسن البصري لا قود بغير محدد بحال وهو قول أبي حنيفة إلا
أنه قال إذا قتله بالنار وجب عليه القود وعنه القود في مثقل الحديد روايتان
وإن خنقه بيد أو بحبل أو منديل حتى مات وجب عليه القود وذكر الشيخ
أبو نصر رحمه الله في هذا النوع من الخنق أنه إن كان قد فعل ذلك به
زمانا يموت في مثله غالبا وجب القود وإن كان لا يموت في مثله لم يجب القود
والقاضي أبو الطيب ذكر القود مطلقا وهو الأصح وذكر في الحاوي في
هذا القسم أنه إذا كان المقصود خنقه يقدر على دفعه عن نفسه فسكت
حتى خنقه فلا قود وفي وجوب الدية قولان ولم يذكره غيره الشيخ
الإمام أبو بكر وعندي أنه لا اعتبار لقدرته على دفعه والقود واجب
سيما إذا قلنا أنه لا يجب عليه الدفع عن نفسه وكل موضع أوجبنا القود في
الخنق فالولي بالخيار إن شاء اقتص وإن شاء عفا وحكي عن أبي يوسف
أنه إذا كان قد تكرر منه التخنيق انحتم قتله كالمحارب فإن حبس إنسانا
ومنعه الطعام والشراب مدة يعلم أنه لا يعيش فيها وجهل حاله قبل
ذلك أنه كان به جوع أم لا ففيه وجهان أحدهما أنه يجب عليه القود كما
لو علم أنه كان في جوع شديد والثاني لا قود عليه والأول أصح فإن حبس حرا
وأطعمه وسقاه فمات فلا ضمان عليه صغيرا كان أو كبيرا وقال أبو حنيفة

ان كان صغيرا ومات بسبب كلدغ الحية او سقوط حايط عليه ممن اذا القاه في لجة
لا يمكنه التخلص فالتقمه حوت قبل ان يصل الى الما ففي وجوب القود
عليه قولان احدهما تجب عليه القود والثاني لا قود عليه اذا امسك رجلا على
رجل ليقتله فقتله وجب القود على القاتل دون الممسك وهو قول
ابي حنيفه والجماعة وقال مالك اذا امسكه ليقتله فقتله عمدا
كانا شريكين في قتله فيجب عليهما القود اذا كان القاتل لا يمكنه قتله الا
بالامساك وكان المقتول لا يقدر على الهرب بعد الامساك فان انهشه
حية يقتل غالبا وجب عليه القود وان كان لا يقتل غالبا ففيه قولان
احدهما انه لا يجب القود والثاني يجب فان خلط السم بطعام الرجل وقدمه
اليه فاكله ومات ففيه قولان احدهما انه لا يجب القود والثاني يجب
فاذا قلنا لا يجب القول فقد حكى القاضي ابو الطيب رحمه الله في وجوب
الدية قولين اصحهما انها تجب اذا حفر بيرا في ممر داره وغطاها واذن
لانسان في الدخول فوقع في البير من اصحابنا من قال فيه قولان كالسم ومنهم
من قال لا يجب القود قولا واحدا وان اكره رجل رجلا على قتل رجل فقتله
وجب القود على المكره وفي المكره قولان احدهما يجب عليه القود
وهو قول مالك واحمد وزفر وحكى عن زفر انه قال تجب القود على المكره
دون المكره والقول الثاني انه لا قود على المكره وهو قول
ابي حنيفه ومحمد بن الحسن واختلف على هذا القول في علة سقوط القود
فمنهم من قال لمن العلة ان الاكراه شبهة تدرأ الحدود وهذه طريقة البغداديين

فعلى هذا تجب عليه نصف الدية وقال البصريون الاكراه الجا ينقل حكم الفعل
وقال ابو يوسف لا قود على المكره ولا على المكره ولا فرق بين المكره من
جهة الامام وبين المكره من جهة غيره ومن اصحابنا من قال في المكره من جهة
الامام في وجوب القود عليه قولان والمكره من جهة غيره يجب عليه القود
قولا واحدا والاول اصح وان امر الامام رجلا بقتل رجل بغير حق وهو يعلم
انه يقتله ظلما ولم يكرهه على قتله فالقاتل هو المامور دون الامر وحكم
القتل يتعلق به وذكر في الحاوي ان من اصحابنا من قال تجب القود ايضا على
الامر للزوم امره في اكراه الامام رجلا على القتل ظلما وان تكابه
لكبيرة هل تخرج به من الامامة فيه وجهان حكاهما ابو علي
بن ابي هريرة واختلف اصحابنا فيما يكون اكراها على القتل فمنهم
من قال ما يكون اكراها على الطلاق من قتل او ضرب او حبس او نهب
مال يكون اكراها على القتل ومنهم من قال لا يتحقق الاكراه
على القتل الا بالقتل او بما يفضي اليه من تهديد بقطع او جرح واختاره
الشيخ ابو نصر رحمه الله فان قال ان قتلت فلانا وفلانا والا قتلتك قال
القفال لا يكون اكراها وقال القاضي حسين رحمه الله هو عندي اكراه
وهذا اصح وان شهد شاهدان على رجل بما يوجب القتل فقتل
ثم رجعا عن الشهادة وقالا تعمدنا قتله بالشهادة عليه وجب القود عليهما
وقال ابو حنيفه لا قود عليهما فان شرب دوا البزول عقله فزال عقله وقتل
رجلا فيه وجهان احدهما انه كالسكران والثاني انه لا قود عليه

باب القصاص في الجروح والاعضاء

كل شخصين جرى بينهما القصاص في النفس جرى بينهما القصاص في الاطراف
للمسلمين كالرجلين والرجل والمراة والحرين والعبدين وبه قال مالك واحمد
واسحق وقال ابو حنيفه والثوري لا يجري القصاص الا بين الرجل والمراة
في الاطراف ولا بين العبيد في الاطراف ولا بين الحر والعبد فيها وان جرى
القصاص بينهم في النفوس فان اشترك جماعة في ابانة طرف دفعة واحدة
وجب عليهم القصاص دفعة واحدة وبه قال مالك واحمد وقال ابو حنيفه
والثوري لا قصاص عليهم ويجب القصاص في الموضحة في الراس والوجه وهل
يجب فيها القصاص اذا كانت على الساعد والعضد والساق فيه وجهان
اصحهما انه يجب فان اوضحه في جميع راسه وكان راس الجاني اكبر فله
ان يبتدي بالايضاح من اي جانب شاء في راسه فان اراد ان يستوفي بعض حقه
من مقدم راسه وبعضه من موخره فقد قال بعض اصحابنا انه لا يجوز وقيل
يحتمل ان يجوز الا ان يقال فيه زيادة ضرر او شين فيمنع فان اوضح راس رجل
فذهب ضوء عينه فالمنصوص انه يجب فيه القصاص وقال فيمن قطع اصبع
رجل فتاكلت كفه وسقطت انه لا قصاص في الكف فنقل ابو اسحق
قوله في الكف الى العين ولم ينقل قوله في العين الى الكف فجعل في ضوء العين
قولين احدهما لا يجب فيه القود والثاني يجب ومن اصحابنا من حمل المسالتين
على ظاهرهما وفرق بينهما وهل يقطع الاذن التي ليست مستحشفة باذن مستحشفة
فيه قولان احدهما لا يوخذ والثاني يوخذ ويوخذ الشفة بالشفة نص عليه في

الام ومن اصحابنا من قال لا يوخذ واختاره الشيخ ابو حامد ويجب القود في اللسان بعد
في قول ابي علي بن ابي هريرة وقال ابو اسحق لا قود فيه وهو قول اصحاب ابي حنيفه
فان قطع بعض اذنه من ربع او نصف اقتص منه فيه على ما ذكره الشيخ ابو حامد
وذكر القاضي ابو الطيب رحمه الله انه لا يجب القصاص فيه قال الشيخ ابو نصر رحمه
الله وهذا اقيس حكي في الحاوي عن مالك انه لا يوخذ اذن السميع باذن الاصم
فان وجب له القصاص في سن فاقتص منه فنبت مكانه سن ففيه قولان
احدهما ان النابت هو المقلوع من جهة الحكم فعلى هذا يجب على المجني
عليه دية سن الجاني وهو قول ابي حنيفه واحمد والثاني ان النابت هبة
مجددة فان اقتص من الجاني فنبت للجاني سن مكانه فان قلنا ان النابت هبة
مجددة لم يكن للمجني قلعه وان قلنا ان النابت هو المقلوع من جهة الحكم
فهل يجوز للمجني عليه قلعه فيه وجهان احدهما له قلعه ولو نبت مرارا
والثاني ليس له قلعه ويجب القود في قلع سن من قد ثغر في الحال وحكى
الشيخ ابو حامد انه يسال اهل الخبرة فان قالوا انها لا تعود وجب القود
في الحال وان قالوا يرجى عودها الى مدة انتظر ذلك
قال الشيخ ابو نصر رحمه الله والاول اقيس وهو الذي ذكره القاضي ابو الطيب
ذكر في الحاوي انه اذا كسر نصف سنه فان امكن ان يقتص منه
بان يكون في نصف السن بالطول اقتص منه ولم يذكره القاضي ابو الطيب
ولا الشيخ ابو نصر وذكر انه لا يجب في كسر العظم قصاص فان قطع نصف
لسان رجل او ثلثه اقتص منه في قدره وقال ابو اسحق لا يقتص منه فيه

ولا يقطع اليد الصحيحة بالشلا وحكي عن داود انه يوخذ الصحيحة بالشلا وقال ش
احمد الشلا بالشلا وجهان احدهما تجوز والثاني لا تجوز وهو قول ابي ولا يوخذ
يمين بيسار وقال ابن شبرمة يوخذ بها وحكي عن ابن شبرمة انه قال اذا
قطع يمينه ولا يمين له قطعت يساره وان قطع يساره ولا يسار له قطعت
يمينه ولا يوخذ كاملة الاصابع بيد ناقصة الاصابع فان قطع رجل له يد سته
اصابع يد رجل لها خمسة اصابع لم يقطع يده ولكنه يقطع يده من اصابعه
الجاني خمسة اصابع في مقابلة اصابعه وهل يدخل ارش ما تحت الاصابع من
الكف في القصاص فيه وجهان احدهما انها لا تدخل وهو قول ابي اسحق فياخذ
الارش لما تحتها من الكف والثاني يدخل ويوخذ الناقصة بالكاملة
فان قطع من له اربع اصابع يد من له خمسة اصابع كان له ان يقتص من يده وياخذ
من ارش الاصبع المفقودة قال ابو حنيفة ليس له ان يستوفي مع القود
فيها ارشا وله ان يعفو وياخذ دية يد فان اوضحه في مقدم راسه وكان
مقدم راس الجاني اصغر من مقدم راس المشجوج فهل يقتص في الاستيفا
على مقدم راسه وينتقل في الباقي الى الدية قال ابو علي الطبري
يفعل كذلك وقال ابو علي بن ابي هريرة يحتمل وجهين احدهما ما
ذكرناه والثاني انه يتمم قدر مساحته من موخر راسه وهو الاصح ولا
قصاص فيما دون الموضحة ونقل المزني رحمه الله انه يجب القصاص
واختلف اصحابنا في ذلك على وجهين ويوخذ الاليتان بالاليتين وهما
اللحمان الناتيان من الظهر والفخذ ومن اصحابنا من قال لا يوخذ وهو قول

المزني ويوخذ الذكر بالذكر والبعض بالبعض وقال ابو اسحق لا يوخذ بعضه ببعض والمذهب
الاول ويوخذ الشفران بالشفرين على المنصوص ومن اصحابنا من قال لا
يوخذ وهو قول ابي حامد الاسفرايني فان قطع ذكر خنثى مشكل
وانثييه وشفريه قبل ان يتبين حاله ولم يختر العفو عن القصاص فانه يوقف
الامر فيه الى ان يتبين واما المال ففيه قولان احدهما انه لا يعطى شيئا وهو
قول ابي علي بن ابي هريرة والثاني انه يعطى اقل ما يستحقه مع القود وهو قول
اكثر اصحابنا فيعطى حكومة في الشفرين ويوقف القود في الذكر
والانثيين وحكى القاضي ابو حامد في جامعه انه يعطى دية الشفرين
وهذا خطا وان قتل واحد جماعة او قطع عضوا من جماعة قتل بواحد
منهم او قطع به واستوفي للباقين الديات من تركته وقال ابو حنيفة
ومالك يقتل لجماعتهم ويقطع للجميع ويستوفي ما بقي لهم من الديات
في الطرف وقال احمد ان طلبوا القصاص قتل لجماعتهم وان طلب بعضهم
القصاص والبعض الدية قتل لمن طلب القود واستوفي للآخرين الدية فان قطع
اصبع رجل فتاكلت الكف وسقطت لم يسقط القود في الاصبع وبه
قال احمد ومالك وقال ابو حنيفة يسقط القطع في الاصبع ٥

باب استيفا القصاص ٥

من ورث المال ورث الدية ويقضى منها ديونه وينفذ منها وصاياه وقال
ابو ثور لا يقضى دينه ولا ينفذ وصيته من ديته وحكي عن الحسن البصري
انه لم يورث الزوج والزوجة والاخوة من الام شيا من الدية ومن ورث

المال وذلك القصاص وبه قال ابو حنيفه واحمد وعامة الفقها وحكي فيه
وجهان اخران لاصحابنا احدهما انه تختص بارثه العصبات وهو المشهور
عن مالك وحكي القاضي ابو الطيب في التعليق عن مالك وربيعه والزهري والليث
ابن سعد انه يرثه ذكور ذوي الانساب وذوي غيرهم والوجه الثاني
لاصحابنا انه يرثه ذوي الانساب دون ذوي الاسباب فان قطع مسلم طرف
مسلم ثم ارتد ومات على الرده وقلنا باصح القولين ان القود لا يسقط في
الطرف فقد نقل المزني رحمه الله انه يقتص وليه المسلم وقال
المزني رحمه الله يقتص الامام لا غير فمن اصحابنا من قال لا يقتص غير الامام
وهو الاصح وحمل كلام الشافعي عليه ومنهم من قال يستوفيه المناسب
فان قلنا يستوفيه الامام فله ان يعفوا على مال ويكون فيا وان قلنا يستوفيه
المناسب فهل له ان يعفو على مال فيه وجهان احدهما له ذلك ويكون فيا والثاني
ليس له ان يعفوا على مال وان قلنا بالقول الثاني ان القود يسقط
في الطرف فهل يضمن بالدية فيه وجهان فاذا قلنا يضمن ضمن باقل الامرين
من ارش الطرف او دية النفس فان قطع يد رجل وقتل اخر قطعت يده
باليد ثم قتل بالاخر وبه قال ابو حنيفه واحمد وقال مالك يقتل بالثاني
ويدخل القطع فيه وينتظر بلوغ الصبي وافاقة المجنون وحضور الغايب
وبه قال احمد في احدي الروايتين عنه وهو قول ابي يوسف ومحمد بن ابي ليلي
وقال ابو حنيفه ومالك يجوز للكبير العاقل ان ينفرد باستيفايه وان وجب
القصاص لصغير لم يكن لوليه استيفاوه وبه قال احمد وقال ابو حنيفه ومالك

للاب ان ينفرد باستيفايه في الطرف والنفس وللوصي والحاكم ذلك في الطرف
ويحبس القاتل عندنا اذا كان وارث القود غايبا فانه يحبس حتي يقدم ويتولي
الحاكم حبسه ولا يقف على الاستعدا اليه وينفرد به اذا ثبت عنده
القتل بخلاف ما اذا كان الوارث رشيدا حاضرا وكذا لو غصب دار الغايب
جاز للحاكم انه ينتزعها اذا كان المالك موليا عليه ولم يجز اذا كان رشيدا
كذا ذكره في الحاوي والشيخ ابو نصر ذكر انه يحبس وان كان الوارث
رشيدا او فيهم رشيد وقد ذكر اصحابنا في الدعوي والبينات انه اذا
اقر بمال في يده لرجل فكذبه المقر له وجهين في انتزاع الحاكم له وهذا
نظير غصب الغايب الرشيد وان وثب الصبي والمجنون على القاتل فقتله
ففيه وجهان احدهما انه يصير مستوفيا لحقه والاصح انه لا يصير مستوفيا
لحقه وجهان اصحهما انه لا يجب عليه القود والثاني انه يجب عليه القود فان عفا
احدهما عن حقه من القصاص وقتله الاخر بعد العفو والعلم بالعفو وقبل ان يحكم
الحاكم بسقوط القود فان قلنا انه لا قود عليه اذا قتله قبل العفو فها هنا
قولان احدهما يجب عليه وهو قول ابي حنيفه واحمد والثاني لا يجب فعلي هذا
يجب نصف دية المقتول وفيمن يجب عليه قولان احدهما على الابن القاتل والقول
الثاني انه يجب ذلك في تركة قاتل ابيه ولا يجوز استيفا القصاص الا بحضرة
السلطان وان اقتص بغير حضرته عزر ومن اصحابنا من قال لا يعزر ولا يقتص
من الحامل حتي تضع فان ادعت الحمل فقد قال الشافعي تحبس حتي يتبين
امرها واختلف اصحابنا فقد قال ابو سعيد الاصطخري لا تحبس حتي تشهد اربع نسوة

بالحمل وقال اكثر اصحابنا يقبل قولها وتحبس فان حكم الحاكم بالقود للولي على
الحامل فقتلها ولم يعرف الولي ولا الحاكم حال الحمل واسقطت جنينا ميتا ولم
يزل بها الم حتى ماتت وجب ضمانه وعلى من يجب الضمان فيه وجهان احدهما
على الحاكم والثاني على الولي ويستحب ان لا يستوفي القصاص في
الطرف الا بعد الاندمال فان استوفي قبل الاندمال جاز وقال ابو حنيفة
لا يجوز وهو قول مالك واحمد وهل يجوز اخذ الارش قبل الاندمال
فيه قولان احدهما يجوز والثاني لا يجوز فان قلنا يجوز ففي القدر الذي
يجوز اخذه وجهان احدهما وهو قول ابي اسحق انه ياخذ اقل الامرين
من ارش الجناية او دية النفس والثاني انه ياخذ ارش الجناية بالغا ما بلغ
فان اقتص في الجناية قبل الاندمال فسرت الى نفس المجني عليه واندمل
الجاني ضمن السراية وقال احمد لا يضمن السراية واذا قتله بغير السيف
من مثقل او حرقه او غرقه او خنقه اقتص منه بما قتل به وبه قال مالك
واحمد وقال الثوري وقال لا يقتص منه الا بالسيف ويتصور الخلاف فيه ابو حنيفة
اذا كان قد قتله بالنار وان قتله بالة اللواط او سقي الخمر ففيه وجهان احدهما
وهو قول ابي اسحق انه يسقى الماء في سقي الخمر حتى يموت ويتخذ له مثل تلك
الالة من خشب فيفعل به مثل ما فعل والمذهب انه يقتل بالسيف فان قتله
بمثقل او رماه من شاهق او منعه الطعام والشراب حتى مات ففعل به مثل ما
فعل فلم يمت ففيه قولان احدهما انه يكرر عليه ذلك الفعل حتى يموت
والثاني انه يعدل عنه الى السيف وان جنى عليه جناية لا تجب فيها القصاص

كالجائفة وكسر الساعد ففيه قولان احدهما انه يقتل بالسيف والثاني ان يقتص
منه في الجائفة وكسر الساعد فان مات والا قتل بالسيف وان قتله بسم مهري
ففيه وجهان احدهما انه يقتل به والثاني انه يقتل بالسيف وان انهشه
حية يقتل فقتله ففيما يقاد به الوجهان وكذا ان حبسه في بيت فيه
سبع فافترسه ففيما يقتص به الوجهان وان لطمه فذهب ضوء عينه فمن
اصحابنا من قال يلطمه فان ذهب ضوء عينه والا عولج بما يذهبه وقيل
يحتمل ان لا يقتص منه في اللطمة ويقتص في ضوء العين فان قلع عينه
باصبعه فانه يقتص منه وهل يكون الاستيفاء بحديدة او بالاصبع فيه وجهان
احدهما انه يستوفي بالاصبع للمماثلة والثاني بحديدة فان وجب له القصاص
بالسيف فضربه فاصاب غير الموضع الذي ضربه فيه ثم ادعى الخطا وهو موضع لا
يخطي في مثله لم يقبل قوله فان اراد ان يعود ويقتص فقد قال في موضع لا يمكن
وقال في موضع يمكن فمن اصحابنا من قال فيه قولان ومنهم من قال ان كان
يحسن مكن وان لم يحسن لم يمكن وان وجب عليه القصاص في يمينه فقال
اخرج يمينك فاخرج يساره من كم يمينه فقطعها فقال المخرج ظننتها يميني
او انها تجزي قطعها عن اليمين نظر في المستوفي فان جهل انها اليسار فلا قصاص
عليه وفي وجوب الدية وجهان احدهما لا تجب والمذهب انها تجب وان علم انها
اليسار وجب عليه الضمان وبماذا يضمنها فيه وجهان احدهما وهو قول ابي حفص
بن الوكيل انه يضمنها بالقود والمذهب انه لا تجب عليه القود وتجب الدية
وقصاصه في اليمين بحاله ولا يستوفي فيه حتى يندمل اليسار فان مات من سرايته

اليسار كانت مضمونة عليه بالدية الكاملة وتعذر قطع اليمين وتجب له
ديتها فيتقاصان ويبقى للجاني نصف الدية لورثته وحكي عن الشيخ ابي حامد
انه قال عندي انه قد استوفى حقه من اليمين بتلفه فيسقط حقه وتجب عليه
كمال الدية فان صالحه من القصاص في يمينه على قطع يساره لم يصح الصلح
وهل يسقط القود في يمينه فيه وجهان احدهما يسقط والثاني لا يسقط
قال قال انا اقتص لكن من نفسي في طرفي فهل يجوز الرضا بذلك فيه وجهان
حكاهما الماسرجسي فان قال السارق انا اقطع يدي ففيه وجهان احدهما
لا يجوز كالقصاص والثاني يجوز بخلاف القصاص فان اقتص في طرفه فسرى
الى نفسه فمات فلا ضمان عليه وبه قال مالك واحمد وابو يوسف ومحمد وقال
ابو حنيفة تجب عليه ضمان السراية فان جنى على طرف رجل فاقتص منه
فسرى القصاص الى نفس الجاني ثم سرت الجناية الى نفس المجني عليه
ففيه وجهان احدهما ان السراية تقع قصاصا والصحيح ان سراية القصاص
هدر فعلى هذا تجب نصف الدية في تركة الجاني فان قتل رجل رجلا
عمدا يوجب القود فمات القاتل وجبت الدية في تركته وبه قال احمد
وقال ابو حنيفة ومالك لا دية له ومن وجب عليه قتل بكفر او زنا او قتل
فالتجأ الى الحرم لم يحرم قتله فيه وقال ابو حنيفة يحرم قتله فيه حتى يخرج
من الحرم ولكنه لا يبايع ولا يشارى ولا يطعم ولا يسقى حتى يخرج من الحرم اذا
قطع يد رجل ثم عاد فقتله كان له ان يقطع يده ثم يقتله وبه قال ابو حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد ليس له الا القتل فان قطع يده فسرى القطع الى

نفسه فمات كان للولي ان يقطع يده فان مات والا قتله وقال ابو حنيفة وابو
يوسف ومحمد ليس له الا القتل ○

باب العفو عن القصاص

من وجب له القصاص وهو جائز التصرف فله ان يعفو على الدية من غير رضا
الجاني فان عفى مطلقا بني ذلك على ما يجب بقتل العمد وفيه قولان
احدهما ان موجب قتل العمد القود وحده ولا تجب الدية الا باختيار العفو على
الدية فعلى هذا اذا عفى مطلقا لم تجب الدية والقول الثاني ان موجبه
احد امرين من القصاص او الدية فعلى هذا اذا عفا مطلقا وجبت الدية
وهو قول احمد فان قال اخترت القصاص فهل له ان يرجع الى الدية فيه
وجهان احدهما انه ان يرجع والثاني ليس له وقال ابو حنيفة موجب العمد
القود لا غير ولا يصح العفو على الدية الا برضا الجاني وعن مالك روايتان
احديهما كقول ابي حنيفة والثاني كقولنا اذا قلنا ان موجب العمد القود
فعفا سقط القود وحكى في الحاوي في الدية طريقين احدهما انها لا تجب وجها
واحدا والثاني انه على وجهين احدهما تجب وليس بشيء فان قال عفوت عن القود
والدية سقط القود وفي الدية قولان حكاهما القاضي ابو حامد في جامعه
احدهما انه يصح عفوه عنهما والثاني انه لا يصح عفوه عن الدية لانه عفا عما لم تجب له
فعلى هذا ان اختار الدية في الحال كان له وان اختارها بعد ذلك فعلى
القولين في العفو المطلق احدهما نص عليه في جراح العمد ان له ان يختار
الدية والثاني ذكره في اليمين مع الشاهد انه ليس له ذكره القاضي حسين
انه اذا صالح على غير جنس الدية لم يصح اذا قلنا ان الواجب احد امرين وان قلنا

ان الواجب القود صح وان صالح على دينين ففيه وجهان فان وجب للصغير
قصاص فاراد وليه ان يعفو عنه على الدية ولا مال له ولا من ينفق عليه
فهل يجوز له فيه وجهان احدهما يجوز والمنصوص عليه انه لا يجوز وقال
صاحب الحاوي يحتمل وجها ثالثا ان يعتبر حال الوالي فان كان مناسبا او وصيا
لم يصح عفوه وان كان حاكما صح عفوه لانه يحكم باجتهاده وليس بشي
وان وكل من له القصاص في استيفا القود ثم عفا وقتل الوكيل قبل العلم
بالعفو ففيه قولان احدهما لا يصح العفو والثاني يصح فان قلنا يصح وجب على
الوكيل الدية ولم يرجع بها على ولي الدم وخرج ابو العباس قولا اخر
انه يرجع بها وليس بصحيح فان قطع اصبع رجل عمدا فعفا المجني عليه عن
القصاص والدية سقط القصاص ولا يسقط الدية فان سرت الجناية
الى النفس فان كان قد قال عفوت عن الجناية قودها وديتها وما يحدث
منها سقط القود في الاصبع والنفس واما الدية فان كان العفو بلفظ
بلفظ الوصية فهو وصية للقاتل وفي الوصية للقاتل قولان فان قلنا
انها تصح وخرجت من الثلث سقطت وان خرج بعضها سقط ذلك
القدر وان كان بغير لفظ الوصية فهل هو وصية في الحكم فيه قولان
احدهما انه وصية والثاني انه ليس بوصية فعلى هذا يصح العفو عن دية
الاصبع ولا يصح العفو عما زاد وان لم يقل وما يحدث منها فحكم
دية الاصبع على ما ذكرناه من التفصيل والحكم فان جنى على رجل جناية
توجب القصاص كقطع اليد فعفا عن القصاص واخذ نصف الدية ثم

عاد فقتله فقد اختلف اصحابنا فذهب ابو سعيد الاصطخري الى انه يلزم القصاص
كاملة ان عفا عن القود ومن اصحابنا من قال لا يجب القود ويجب نصف الدية ومنهم
من قال يجب له القود في النفس ونصف الدية عند العفو وهو الصحيح فان وجب
له القود في اليد فسرت الجناية الى النفس فقطع الولي يده ثم عفا عن النفس
على غير مال لم يضمن اليد وكذا لو قتل رجلا فقطع الولي يده ثم عفا عن نفسه
لم يضمن اليد وبه قال ابو يوسف وقال ابو حنيفة يضمن اليد وقال احمد يلزمه
دية اليد ولو لم يعف وقال مالك يجب عليه القود في اليد فان قطع نصراني يد مسلم
فسرى القطع الى نفسه فمات فقطع الولي يده ثم عفا عن نفسه على الدية
ففيه وجهان احدهما انه يجب له عشرة الاف درهم والثاني يجب له نصف
ديته ستة الاف وان قطع يديه فسرى القطع الى نفسه فمات فقطع الولي يديه
ثم عفا عن نفسه على الدية فعلى الوجه الاول يجب ثمنية الف على الوجه
الثاني لا يجب شي فان قطعت امراة يد رجل فسرى القطع الى نفسه فمات
الولي يدها ثم عفا عن نفسها فعلى الوجه الاول يجب تسعة الاف
درهم وعلى الوجه الثاني يجب ستة الاف فان قطع رجل انملة رجل العليا
من اصبعه الوسطى وقطع الانملة الوسطى من تلك الاصبع من اخر ولم يكن
له عليا وعفا الذي قطعت انملته العليا فالذي قطعت انملته الوسطى من اصبعه
الوسطى بالخيار ان شاء عفا واخذ الدية وان شاء صبر لتعلل انملة الجاني العليا
تسقط فتستوفى القصاص وقال ابو حنيفة لا يجب له القصاص في الوسطى وان

قال رجل لرجل اقطع يدي فقطعها فلا قصاص ولا دية وان قال اقتلني فقتله
فلا قود عليه واما الدية فقد قال اصحابنا يبنى على القولين متى تجب الدية
فان قلنا انها تجب في اخر جزء من اجزاء حياته لم تجب وان قلنا انها تجب بعد
موته للورثة لم يسقط قال الشيخ ابو نصر رحمه الله قال هذا عندي فيه نظر
لان هذا الاذن ليس باسقاط لما تجب بالجناية والقصاص والدية فيه
سوا وان قلنا تجب بعد الموت فيتعلق بها حقه فيقضى منها ديونه وينفذ
وصاياه فان قال عبد لرجل اقطع يدي فقطعها وجب عليه فيه الضمان
بالمال وفي القود قولان وكذا قال اقتلني وان اشلى كلبا عقورا فقتله
قال اصحابنا لا قصاص ولا دية قال القاضي حسين عندي انه تجب عليه
القود فان قطع رجل يد رجل فعفا عن القصاص فيها فسرى الى نفسه فمات
لم تجب القصاص في النفس وحكي عن مالك انه قال تجب القصاص في النفس فان
كان قد عفا عن الطرف على غير مال وجب له نصف الدية وقال ابو
حنيفة تجب دية كاملة لان الجناية صادفت نفسا والذي عفا عنه غيرها وقال
ولو قال عن الجناية لم تجب شي لانها لا تختص بالقطع وقال ابو يوسف ومحمد لا تجب
عليه شي لان القطع غير مضمون فكذلك سرايته فان قطع رجل يد رجل من
الكوع فجا اخر وقطعها من المرفق ومات كانا قاتلين له وبه قال احمد
وقال ابو حنيفة الثاني هو القاتل والاول قاطع فان كانت يد القاطع الثاني
صحيحة فهل للمولى ان يقطعها من المرفق فيه قولان احدهما انه ذلك والثاني ليس له

كتاب الديات باب
من تجب الدية بقتله وما تجب به الدية من الجنايات

اذا قطع طرف مسلم فارتد ومات على الردة من السراية وقلنا لا تجب القصاص في
طرفه او قلنا تجب فعفا على مال ففيه قولان احدهما لا تجب دية الطرف والثاني
تجب وهو الاصح فان جرح مسلما ثم ارتد واقام على الردة زمانا يسري فيه الجرح
ثم اسلم ومات ففيه قولان احدهما انه تجب فيه دية كاملة والثاني تجب نصف
الدية او قطع يد مرتد ثم اسلم ومات لم يضمن ومن اصحابنا من قال تجب فيه
دية مسلم وان ارسل سهما على حربي فاصابه وهو مسلم ومات وجبت فيه
دية مسلم وقال ابو جعفر الترمذي لا يلزمه شي وهو قول ابي حنيفة اذا
جرح مقرا بالزنا وهو محصن فرجع عن اقراره ثم مات فقد ذكر ابو علي
بن ابي هريرة في وجوب الضمان وجهين احدهما انه لا يضمن بقود ولا دية كالمرتد
والثاني يضمن بديته فان قتل مسلما تترس به الكفار لم تجب القود فيه واما
الدية فقد قال في موضع تجب وقال في موضع ان علمه مسلما وجب فمن اصحابنا
من قال هو على قولين احدهما انه يضمن بالدية بكل حال وحكي عن مالك
ومنهم من قال ان علم انه مسلم وجب وان لم يعلم لم تجب وقال ابو اسحق ان
عينه لوحي ضمنه وان لم يعينه لم يضمنه وان غرز ابرة في غير مقتل
فمات وقلنا لا تجب عليه القود ففي الدية وجهان احدهما لا تجب والثاني
تجب وان اكره رجلا على قتل رجل وقلنا لا تجب القود على المكره
فللولي ان يقتل المكره ويأخذ نصف الدية من المكره وقال ابو حنيفة
لا دية على المكره بحال فان طرح رجلا في نار يمكنه الخروج منها فلم يخرج
حتى مات ففيه قولان احدهما انه تجب عليه الدية والثاني لا دية عليه وهو

الاصح وان طرحه في ما يمكنه الخروج منه فلم يفعل حتى مات ففيه طريقان من اصحابنا
من قال فيه قولان كالنار ومنهم لا يجب قولا واحدا اذا كان البالغ على طرف سطح
فصاح عليه رجل في حال غفلته فخر ميتا ففيه وجهان احدهما انه كالصبي
والثاني انه لا يضمنه قال اصحابنا لو شهر سيفا على صبي في حال غفلته
او مجنون فمات ضمنه وقال ابو حنيفة لا يضمنه فان فزع رجلا فاحدث
لم يجب عليه ثلث الدية وان رمى رجلا من شاهق فاستقبله اخر فقده بنصفين
ففيه وجهان احدهما انهما شريكان في الضمان والثاني ان الضمان على الذي
قده وفيه وجه ثالث ان الضمان على الملقي فان طلب رجلا بالسيف
فهرب منه وهو يطلبه فانخسف من تحته سقف فسقط فمات ففي
ضمانه وجهان احدهما لا يضمنه والثاني انه يضمن وهو اختيار الشيخ ابي حامد
وان زنى بامراة مكرهة فحبلت وماتت في الولادة ففيه قولان
احدهما تجب عليه الشهادة ديتها والثاني لا تجب فان وضع رجل الحجر حجرا ووضع
اخر بقربه حديدة فتعثر رجل بالحجر ووقع على الحديدة فمات وجب
الضمان على واضع الحجر وقال ابو الفياض البصري ان كانت الحديدة سكينا
قاطعة وجب الضمان على ناصب السكين وان كان غير قاطعة فعلى
واضع الحجر والاول اصح فان وضع رجل حجرا فتعثر بهما رجل ومات
فقد قال ابو يوسف يجب الضمان عليهم اثلاثا وهو قياس المذهب وقال زفر
يجب على واضع الحجر النصف اذا احفر بيرا في طريق لا يستضر به الناس
لمصلحة المسلمين بغير اذن الامام فهل يجب عليه ضمان ما يتلف فيها ففيه

وجهان نقلهما قال الشيخ ابو حامد وحكى القاضي ابو الطيب رحمه الله في ذلك قولين
منصوصين في الحاوي انه اذا احكم راسها وقد حفرها لله لارتفاق بها بغير
اذن السلطان ففيه ثلثة اوجه احدها انه لا ضمان عليه بحال والثاني انه يجب عليه
الضمان والثالث انه ان كان حفرها ليرتفق هو بها ضمن وان ليرتفق به المسلمون
لم يضمن فان بنى مسجدا في طريق واسع لا تضر بالمارة بغير اذن الامام ففي
وجوب الضمان لمن يتلف به وجهان وان علق قنديلا في مسجد او فرش فيه حصيرا
فتلف به انسان فقد ذكر الشيخ ابو حامد انه يجري مجرى بنا المسجد
وخالفه سائر اصحابنا وقالوا لا يضمن ذكره في الحاوي وذكر انه الصحيح
فان حفر العبد بيرا في طريق او ملك غيره ثم اعتقه سيده ثم وقع
فيها انسان فمات كان الضمان على العتيق وقال ابو حنيفة واصحابه الضمان
على سيده اذا حفر بيرا في ملك مشترك بينه وبين غيره فقياس
المذهب ان يضمن الحافر وقال ابو حنيفة عليه ثلثا الدية وقال ابو يوسف
عليه نصف الدية وان كان في داره بير قد غطى راسها او كلب عقور واذن لرجل
في الدخول فوقع في البير او عقره الكلب فهو على القولين فيه اذا قدم اليه طعاما
مسموما فاكله وان بنى حائطا في ملكه فمال الى الطريق فوقع واتلف
انسانا ففيه وجهان احدهما وهو قول ابي اسحق انه يضمن والثاني وهو
قول ابي سعيد الاصطخري انه لا يضمن وهو ظاهر مذهب الشافعي رحمه
الله واختاره القاضي ابو الطيب رحمه الله قول ابي اسحق وهو قول اصحاب
مالك وقال ابو حنيفة ان طولب بنقضه فلم ينقضه مع الامكان فالقياس

ان لا ضمان عليه والاستحسان ان يضمن فان كان له جناح على الطريق فسقطت
خشبة على الحائط وقتلت انسانا وجب نصف الدية وحكى القاضي
ابو الطيب رحمه الله قولا اخر انه يجب عليه بقسط ما كان خارجا من الحائط
من الخشبة فان اخرج ميزابا الى الطريق فسقط واتلف انسانا ففيه
قولان احدهما وهو قوله القديم انه لا ضمان عليه وهو قول مالك وقال
في الجديد عليه الضمان وهو قول ابي حنيفة ولا فرق بين ان يصيبه
الطرف الذي على الحائط وبين ان يصيبه الطرف الخارج في الهوا
وقال ابو حنيفة اذا اصابه الطرف الذي في الهوى ضمن
جميع الدية وان اصابه الطرف الذي على الحائط فلا ضمان عليه اذا كان
معه دابة فاتلفت انسانا او مالا بيدها او رجلها او ذنبها او بالت
في الطريق ضمنه ولا فرق بين ان يكون راكبها او سائقها او قائدها
وقال ابو حنيفة ان كان سائقها ضمن جميع ذلك فان كان قائدها او راكبها
لم يضمن ما تتلفه برجلها او ذنبها ويضمن ما يتلفه بغير ذلك وان
اصطدم فارسان او راجلان وماتا وجب على كل واحد منهما نصف دية
الاخر وبه قال مالك وزفر وقال ابو حنيفة وصاحباه واحمد يجب على
كل واحد منهما كال دية الاخر وقال المزني ان استلقى احدهما واكب
الاخر على وجهه وجب على المكب دية المستلقي واهدر دم المكب
فان كان جالس في طريق سابل فعثر به واخر فماتا فدية الجالس على عاقلة العاثر
واما دية العاثر فقد قال في القديم على عاقلة الجالس وقال في الجديد دية العاثر

هدر فمن اصحابنا من خرجه على قولين قوله الجديد ان دية العاثر هدر ومنهم
من قال انه على اختلاف حالين فحيث قال تجب دية العاثر اذا كان الجالس
في طريق ضيق وحيث قال ان ديته هدر اذا كان جلوسه في طريق
واسع فان اصطدمت سفينتان فتكسرتا وتلفت ما فيهما من غير
تفريط من جهة القيمين ففي الضمان قولان احدهما تجب والثاني لا تجب
واختلف اصحابنا في موضع القولين فمنهم من قال القولان فيه اذا لم يكن من جهة
واحد منهما فعل بان كانت السفينتان واقفتين فجاءت الريح فقلعتهما فاما
اذا سيرا السفينتين ثم جاءت الريح فانه يجب الضمان قولا واحدا وقال ابو اسحق
وابو سعيد الاصطخري القولان في الحالين واختلف اصحابنا هل يصح في ذلك
العمد المحض فقال ابو اسحق يصح فيه العمد الموجب للقود قال الشيخ
ابو حامد لا يصح فيه العمل العمد المحض فان كان في السفينة متاع لرجل
فتلفت فقال رجل لصاحب المتاع الق متاعك في البحر وعلي ضمانه فالقاه
وجب عليه الضمان وقال ابو ثور لا يجب فان قال الق متاعك وعلي
وعلى ركبان السفينة ضمانه ففيه وجهان احدهما انه يجب عليه ضمان الجميع
والثاني يجب عليه حصته فاما اذا امنوا الغرق فقال الق متاعك في البحر
وعلي ضمانه فالقاه ففي لزوم الضمان وجهان احدهما وهو قول الشيخ ابي حامد
الاسفرايني انه لا يلزم لعدم الضرورة والثاني انه يلزم ذكر في الحاوي ان
الاول اشبه والثاني اقيس وان وقع رجل في بير فجذب اخر وجذب الثاني
ثالثا وماتوا فانه تجب نصفه نصف دية الاول على الثاني ويسقط نصف دية

وتجب للثاني نصف ديته على الاول واما الثالث فتجب ديته وفيمن تجب عليه
وجهان احدهما انها تجب على الثاني والثاني انها تجب على الاول فان وقع
رجل في بير ووقع اخر عليه ثم وقع ثالث عليهما ومات الثلثة فضمان الاول
على الاخرين وفي ضمان الثاني وجهان ذكرهما الشيخ ابو حامد ان ضمانه
على الثالث وذكر القاضي ابو الطيب رحمه الله ان نصف ديته هدر
وهذا اقيس وعلى هذا تجب ان يهدر نصف دية الاول بخلاف قول
الشيخ ابي حامد ۝

باب الديات ۝

دية الحر المسلم مائة من الابل فان كانت عمدا او شبه عمد كانت اثلاثا ثلثون
حقه وثلثون جذعة واربعون خلفة وبه قال احمد في احدى الروايتين
ومحمد بن الحسن وقال ابو ثور دية العمد اخماس عشرون بنت مخاض وعشرون
بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون حقه وعشرون جذعة وقال
ابو حنيفة ومالك دية العمد ارباع خمسة وعشرون بنت مخاض وخمسة وعشرون
ابنة لبون وخمسة وعشرون حقه وخمسة وعشرون جذعة ولا مدخل للخلفات
عنده في الدية وهي الحامل وهل يعتبر في الخلفات السن مع الحمل فيه وجهان
احدهما لا يعتبر والثاني يعتبر ان يكون ثنايا فصاعدا وحكي عن الشعبي والنخعي
انهما قالا الدية المغلظة ثلث وثلثون حقه وثلث وثلثون جذعة واربعة
وثلثون خلفة واذا وجبت الدية في العمد المحض وجبت في مال القاتل حالة
وبه قال مالك واحمد وقال ابو حنيفة تجب موجلة في ثلث سنين ودية شبه
العمد مغلظة ايضا الا انها على العاقلة موجلة في ثلث سنين وحكي عن ابن

شبرمة انه قال يكون في مال القاتل حالة وعن مالك روايتان احدهما كقولنا والثانية
ان هذا النوع من القتل عمد محض موجب للقود ولا يعرف شبه العمد في القتل
وانما هو عمد محض او خطا محض واما دية الخطا في غير الحرم وغير الاشهر
الحرم في غير ذوي رحم محرم فانها تكون مخففة اخماسا عشرون
بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون حقه
وعشرون جذعة وبه قال مالك والزهري والليث وقال ابو حنيفة
هي اخماس الا انه اوجب مكان ابن لبون ابن مخاض وبه قال احمد واختاره
ابن المنذر وحكي عن علي رضي الله عنه انه قال هي اربعة انواع بنات
مخاض وبنات لبون وحقاق وجذاع وبه قال الشعبي وروي عن زيد
انه قال هي ارباع ولكن ثلثون حقه وثلثون بنت مخاض وعشرون
بنت لبون وعشرون ابن لبون وروي مثله عن عثمان وهو قول الحسن البصري
وان كان قتل الخطا في الحرم او في الاشهر الحرم او في ذي رحم محرم
فانه تجب فيه دية مغلظة كدية العمد وبه قال احمد وقال ابو حنيفة
ومالك هي مخففة وان كان قتل الخطا في المدينة ففيه وجهان احدهما
يغلظ الدية والثاني لا يغلظ وان قتل محرما ففيه وجهان احدهما يغلظ
ديته وبه قال احمد والثاني لا يغلظ والتغليظ عندنا بزيادة الاسنان
ولا يجمع بين تغليظين وقال احمد يغلظ بزيادة القدر ويجمع بين تغليظين وبخلاف
قول الشافعي رحمه الله في عمد الصبي والمجنون والقول الثاني عمده الا في
القود وتجب الدية من الجنس يملكه وعليه الدية من القاتل والعاقلة فان

اجتمع في ملك واحد نوعان من الابل ففيه وجهان احدهما انه يوخذ من الصنف
الاكثر قال اسنو بادفع مما شا والثاني انه يدفع من كل صنف بقسطه كما قلنا
في الزكوة فان اعوزت الابل او وجدت باكثر من ثمن المثل ففيه قولان
قال في القديم يجب الف دينار او اثنا عشر الف درهم وبه قال احمد وابو حنيفة
الا انه قال عشرة الف من الدراهم والفضة الجديد يجب قيمة الابل
بالغا ما بلغت وقال الحسن البصري وابن ابي ليلى وابو يوسف ومحمد الدية اصول
الابل والذهب والفضة وما ينا بقره وماتين حلة والفا شاة ووافقهم
احمد وعنه في الحلل روايتان ودية اليهودي والنصراني ثلث دية المسلم
ودية المجوسي ثلثا عشر دية المسلم ثمان ماية درهم وبه قال مالك في المجوسي
وحكي عن عمر بن عبد العزيز انه قال دية المجوسي كدية اليهودي
والنصراني وقال ابو حنيفة دية الجميع كدية المسلم وقال مالك دية
اليهودي والنصراني نصف دية المسلم وقال احمد ان قتله عمدا وجب فيه
دية مسلم وان كان خطا فنصف الدية ودية المراة نصف دية الرجل وهو
قول كافة اهل العلم وحكي عن ابن علية والاصم انهما قالا هما سوا ودية جنين
الحر عبدا او امة اذا اسقطته ميتا بضربة فان ضرب بطنها فوجد فيه حركة
فسكنت الحركة فلا ضمان عليه وقال الزهري يجب فيه الغرة وليس بشي
والغرة مقدرة بنصف عشر الدية وذلك خمس من الابل واختلف اصحابنا
فيما يقوم الغرة به قال البصريون يقوم بالابل وقال جمهور البغداديون
يقدر بالورق اذا القت ما بان فيه خلق ادمي ضمن وان لم يتبين فيه ذلك

وقال القوابل انه مبتدا خلق ادمي ولو بقي لتصور وهو المضغة ففي وجوب الكفارة
والغرة وثبوت الاستيلاد قولان احدهما لا شي فيه والثاني فيه غرة فهو قول
مالك وقال ابو حنيفة فيه حكومة حكاه في الحاوي وحكي عن ابي اسحق
انه قال الاسقاط خطا محض وقال ابو علي بن ابي هريرة اذا قصد ضربها
فهو شبه عمد واختاره القاضي ابو الطيب رحمه الله وذكر ان الشافعي
رحمه الله وذكر ان الشافعي رحمه الله نص عليه فان القت الجنين بعد موتها
ضمنه وقال ابو حنيفة ومالك لا يجب ضمانه الا ان تلقيه في حياتها ودية
الجنين موروثة عنه خلافا لليث بن سعد حيث قال انها للامة وان ضربها
فاخرج الجنين راسه وماتت امه وجب ديتها وفيه غرة وحكي اصحابنا عن
مالك انه لا يجب الغرة فان استهل الجنين عند خروج بعضه منها قبل
انفصاله ثم انفصل ميتا لم تكمل ديته وبه قال ابو حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد وزفر والحسن بن صالح ان علم حيوته عند خروج اكثره ثبت له حكم
الحيوة فان القت الجنين حيا وظهر عليه امارات الحيوة من استهلال وغيره ثم
مات وجب فيه كمال الدية وبه قال ابو حنيفة وقال مالك ان استهل
وجب فيه الدية وان لم يستهل فلا دية وقال المزني اذا اسقطته حيا
لمدة يتم حيوته ضمن بالدية فان اسقطته لمدة لا يتم حيوته فيها وذلك
لدون ستة اشهر فانه يضمن بالغرة والاول اصح والغرة للخيار فلا
يجزي من له دون سبع سنين فاما اعلى السن فقد ذكر ابو علي بن ابي هريرة
انه ان كان جارية فالى عشرين سنة وان كان غلاما فالى خمسة عشر سنة

قال الشيخ ابو حامد ليس للشافعي رحمه الله نص فيما ذكره وينبغي ان يجوز للشاب
والكهل والشيخ قال القاضي ابو الطيب رحمه الله نص الشافعي رحمه الله على
خلاف ما قاله ابن ابي هريرة اذا ضرب بطن امة حامل بمملوك فالقته
ميتا وجب فيه عشر قيمة امه ذكرا كان او انثى وبه قال مالك
واحمد وابو ثور وحكي ذلك عن الحسن البصري وقتادة وقال ابو
حنيفة والثوري يعتبر بنفسه فيجب فيه نصف عشر قيمته ان كان
ذكرا او عشر قيمته ان كان انثى وتقوم الام يوم الجناية عليها
وقال المزني تقوم يوم القت الجنين وبه قال ابو سعيد الاصطخري
اذا ضرب بطن امة حامل فاعتقت ثم اسقطت جنينا ميتا وجب
فيه غرة وكان للسيد من ذلك اقل الامرين من عشر قيمة الام والغرة
قال القاضي ابو الطيب رحمه الله هذا عندي غير صحيح وقد نص
الشافعي رحمه الله على انه لا يستحق من الغرة شيئا فان كانت الامة بين
شريكين وهي حامل بمملوك فضربها احدهما ثم اعتقها ثم القت
جنينا ميتا وكان معسرا اوجب عليه عشر قيمة الام ونصف عشره قال
ابن الحداد في فروعه لا يجب عليه ضمان ما اعتقه وقد نص الشافعي رحمه الله على
هذا الفرع على خلاف ما قاله ابن الحداد ونقله القاضي ابو حامد في الجامع
ويكون نصف عشر القيمة لشريكه ونصف الغرة مبني على ان من نصفه
حر هل يورث فان قلنا يورث كان لورثته ولا يرث امه وعلى القول الثاني لا
يورث ويكون لمالك نصفه وقال ابو سعيد الاصطخري يكون لبيت المال

فرعان لابن الحداد احدهما اذا كانت الامة حاملا بمملوك فضرباها ثم اعتقاها
دفعة واحدة ثم اسقطت جنينا ميتا وجب على كل واحد منهما ربع الغرة
وهذا على طريقته وعلى ما حكيناه من نص الشافعي يجب على كل واحد منهما
نصف الغرة الثاني حر امه معتقة وابوه مملوك ضرب بطن امراة حامل
ثم اعتق ابوه فجر الولاء ثم اسقطت جنينا ميتا فعلى قول ابن
الحداد يحمل دية الجنين مولى الام وعلى قول اصحابنا يحمله مولى الاب

باب أرش الجنايات

تجب في الموضحة خمس من الابل سواء كانت في الوجه او الراس صغيرة كانت او كبيرة
وبه قال ابو حنيفة واحمد وقال سعيد بن المسيب اذا كانت في الوجه وجب فيها
عشر من الابل وقال مالك اذا كانت على الانف او على اللحي الاسفل ففيها حكومة
اذا اوضحه موضحتين بينهما حاجز في الظاهر وقد خرق ما بينهما في الباطن ففيه
وجهان احدهما انه يجب عليه ارش موضحتين والثاني يجب عليه ارش موضحة واحدة
وان اوضح راسه ومساحته عشرون اصبعا ومساحة راس الجاني خمسة عشر
اصبعا فانه يقتص في جميع راسه ويأخذ في الربع الباقي ربع ارش موضحة وخرج
ابو علي بن ابي هريرة وجها آخر انه يأخذ عن الباقي ارش موضحة وليس بصحيح
وفي الهاشمة عشر من الابل وبه قال ابو حنيفة واحمد وقال ابن القصار من اصحاب
مالك فيها ارش موضحة وحكومة وقال الابهري الهاشمة والمنقلة سواء ثم قال
ليس فيها مقدر فان ضرب راسه بمثقل فهشم العظم ولم يوضحه ففيه وجهان
احدهما وهو قول ابي علي بن ابي هريرة انه تجب فيه الحكومة والثاني

وهو الاصح انه يجب فيه خمس من الابل وهو قول ابي اسحق وفي المنقلة خمسة عشر من
الابل فان اوضح راسه موضحة ثم نزل فيها الى الوجه ففيه وجهان احدهما
انه يجب عليه ارش موضحتين والثاني انه يجب ارش موضحة ويجب في المامومة
ثلث الدية واما الدامغة فمن اصحابنا من قال يجب فيها ما يجب في المامومة وقال اقضى
القضاة ابو الحسن الماوردي البصري يجب عليه ارش المامومة وحكومة لخرق
الجلد بعد ذلك وفي الجايفة ثلث الدية وحكي عن مكحول انه قال ان تعمدها
وجب فيه ثلثا الدية وان لم يتعمدها وجب فيها ثلث الدية وكذا يقول في
المامومة فان رماه بسهم فانفذه فهو جايفتان على المذهب ومن اصحابنا
من قال هو جايفة واحدة وفيما خرج من الباطن الى الظاهر حكومة وحكي ذلك عن
ابي حنيفة فاما اذا ضربه بسهم في وجنته فكسر العظم ونفذ الى فيه ففيه
قولان احدهما انه جايفة والثاني انه ليس بجايفة لانه لو خرق شدقه لم يكن
جايفة فعلى هذا في كسر العظم ارش هاشمة وفيما زاد حكومة فان ادخل
خشبة او حديدة في دبر انسان فخرق حاجزا في الباطن ففيه وجهان
بنا على من خرق الحاجزين الموضحتين في الباطن دون الظاهر وفي العينين
الدية وفي احديهما نصف الدية وعين الاعور كعين غيره وقال مالك واحمد
والزهري يجب بقلعها الدية الكاملة واذا قلع الاعور عين الصحيح لم يقلع
عينه عند احمد وحكي عن اصحابنا عن مالك انه قال اذا قلع الاعور عين السليم
قلعت عينه فان عفا عنه استحق دية كاملة فان ضرب العينين فذهب ضوهما
وقال اهل الخبرة يرجى عوده الى مدة قدروها انتظر به المدة فان مات

قبل مجي المدة لم يجب القود وقد نص الشافعي رحمه الله فيمن قلع سنا وقال اهل
الخبرة يرجى عودها الى مدة فمات قبل انقضايها على قولين احدهما يجب الدية
والثاني لا يجب فمن اصحابنا من قال دية الضو ايضا قولان ومنهم من قال قولا
واحدا يجب دية الضو وان جنى على عين صبي او مجنون فذهب ضو عينه
وقال اهل الخبرة قد زال الضو ولا يعود ففيه قولان احدهما لا يجب
عليه في الحال شي والقول الثاني انه يجب القصاص او الدية وفي الجفون الدية
وحكي عن اصحاب مالك انهم قالوا يجب فيها حكومة وان قطع احديهما وجب
فيها ربع الدية وحكي عن الشعبي انه قال يجب في الاعليين ثلث الدية وفي الاسفلين
ثلثا الدية فان قطع الجفون مع الاهداب ففيه وجهان احدهما يجب به دية والثاني
يجب دية وحكومة وفي الاذنين الدية وهو قول عامة الفقها وقال مالك
في احدى الروايتين يلزمه فيها حكومة فان ضرب اذنه فاستحشف ففيه قولان
احدهما يجب فيه الدية والثاني يجب عليه حكومة فان قطع اذنا مستحشفة فان قلنا
بالقول الاول وجب عليه في قطعها الحكومة وان قلنا بالثاني وجب عليه في قطعها
كمال الدية وفي الانف الدية فان قطع احد المنخرين ففيه وجهان احدهما
وهو المنصوص على انه يجب فيه نصف الدية والثاني يجب فيه ثلث الدية
فان قطع احدى المنخرين والحاجز وجب عليه على الوجه الاول نصف الدية
للمنخر وحكومة للحاجز وعلى الوجه الثاني يجب ثلثا الدية وان ضرب المارن فاستحشف
ففيه قولان كما قلنا في الاذن وفي الشم الدية فان كان شمه ضعيفا فقطع انفه
فذهب ذلك ففيه وجهان احدهما انه يجب فيه دية كاملة والثاني الموجود

فيه كان بعض الشيخ فيجب فيه بعض الدية اذا جنى عليه جناية ذهب منها عقله وكان
ارشها دون الدية كارش الموضحة فهل يدخل ارشها في دية العقل فيه قولان
اصحهما انه لا يدخل وهو قوله الجديد وقال في القديم يدخل وهو قول ابي
حنيفة وفي الشفتين الدية وفي احديهما نصف الدية وحكي عن زيد بن ثابت
انه قال في السفلى ثلثا الدية الثلث وفي اللسان الدية فان ضرب لسانه فذهب
كلامه وجب فيه الدية فان ذهب بعض كلامه وجب بقدره ويعتبر
عدد حروف كلامه فان كان يتكلم بالعربية قسمت الدية على ثمانية وعشرين
حرفا وقال ابو سعيد الاصطخري يقسم على حروف اللسان وهي ثمانية عشر
حرفا ويسقط حروف الحلق وهي ستة الهمزة والهاء والحاء والخاء والعين
والغين ويسقط حروف الشفة وهي الباء والميم والفاء والواو والمذهب
الاول فان قطع ربع لسانه فذهب نصف كلامه وجب عليه نصف الدية فان جاء
اخر فقطع بقية لسانه فذهب بقية الكلام فمن اصحابنا من قال يجب على الثاني
نصف الدية وحكي عنه فان ربع اللسان قد صار اشل ومنهم من قال يجب عليه
ثلثة ارباع الدية اعتبارا باللسان والكلام تبع له اعتبارا بالاكثر وفي لسان الاخرس
اذا لم يذهب بقطعه ذوقه حكومة وقال النخعي فيه كمال الدية وان ضرب
لسان رجل فذهب ذوقه فقد حكى الشيخ ابو حامد انه لا نص فيه وقال بعض اصحابنا
يجب فيه الدية لانه حاسة مقصودة وذكر القاضي ابو الطيب رحمه الله ان
الشافعي رحمه الله نص على ايجاب الدية فيه وقال الشيخ ابو نصر رحمه الله على لسان
الاخرس فيه حكومة وان ذهب ذوقه فان قطع لسان رجل فقضي له بالدية فنبت

لسانه فقد قال فيمن قلع سن رجل فقضي له بالدية ثم عاد سنه على قولين فمن اصحابنا
من قال هاهنا ايضا قولان وهو قول ابي اسحق المروزي ومنهم من قال هاهنا
لا يرد الدية قولا واحدا وهو قول ابي علي بن ابي هريرة وفي كل سن خمس من
الابل ولا فرق بين الاضراس والاسنان وروي ذلك عن ابن عباس ومعوية
وحكي عن سعيد بن المسيب عن عمر رضي الله عنه انه قال في السن خمس من الابل
وفي الاضراس بعير بعير وروي عنه انه كان يجعل في الضواحك خمسا من الابل
وفي الاضراس بعيرين بعيرين وحكي عن عطا انه قال في الثنيتين والرباعيتين
والنابين خمس خمس من الابل وفي الباقي بعيران بعيران وهو احدى الروايتين عن عمر
والاسنان اثنان وثلثون سنا فان قلع زيادة على عشرين سنا ففيه
وجهان احدهما انه يجب دية واحدة لا يزاد عليها والثاني انه يجب في كل سن خمس
من الابل وان زاد على الدية كما لو قطعها سنا بعد سن وان قلع سنا مضطربة
وقد نقصت منافعها فذهب بعضها وبقي البعض ففيه قولان احدهما انه يجب
فيها الدية والثاني يجب فيها الحكومة فان قلع السن فخرج من محل السن المقلوعة
دم فهل يجب فيه الحكومة فيه وجهان حكاهما الشيخ ابو حامد احدهما لا يجب
والثاني يجب وان ضرب سنه واسودت فقد قال في موضع يجب الحكومة وقال
في موضع يجب الدية واختار المزني ان يكون على قولين اصحهما انه يجب الحكومة
فان قلع سن صغير لم يثغر لم يلزمه شيء في الحال فان نبت له مثلها في مكانها لم
يلزمه ديتها وقيل يلزمه حكومة فيه وجهان احدهما لا يلزمه والثاني يلزمه
للجرح الذي حصل بالقلع فان لم يعد السن وجب ديتها وان مات قبل الاياس

من عودها ففيه قولان احدهما تجب عليه دية السن والثاني لا تجب فان قلع سن من
قد اثغر واخذ ديتها ثم عاد السن فنبت ففيه قولان احدهما انه تجب رد الدية
والثاني لا تجب رد الدية وفي اليدين الدية اذا قطعتا من الكوع فان قطعت من
المرفق وجب دية وحكومة وقال ابو حنيفة ما زاد على الكوع تابع في الدية
وقال ابو عبيد بن حربوية تجب في قطع اليد من المنكب دية وفي كل
اصبع من الاصابع عشر من الابل وهو احدى الروايتين عن عمر رضي الله عنه
وعنه رواية اخرى انه تجب في الخنصر ست من الابل وفي الوسطى عشر وفي
السبابة اثنا عشر وفي الابهام ثلثة عشر وفي كل انملة ثلث دية الاصبع
الا الابهام فانها انملتان فيجب في كل انملة خمس من الابل وحكى اصحابنا عن مالك
ان الابهام ايضا له ثلثة انامل وليس بشي فان كسر صلبه فعجز عن الوطي وجب
عليه الدية وان ذهب مشيه وجماعه ففيه وجهان احدهما انه لا يلزمه الا دية
واحدة والثاني يلزمه ديتان وهو ظاهر النص وفي الذكر الدية وتجب ذلك
في الحشفة فان قطع بعض الحشفة وجب بقسطه من الدية وهل تقسط على الحشفة
او على جميع الذكر فيه قولان احدهما انه يقسط على الحشفة والثاني على جميع
الذكر وفي الانثيين الدية وفي احديهما نصف الدية وحكي عن سعيد بن
المسيب انه قال في اليسرى ثلث الدية وفي اليمنى ثلث الدية فان قطع الذكر
والانثيين وجب ديتان بكل حال وقال ابو حنيفة ان قطعها دفعة واحدة وجب
ديتان وكذا ان قطع الذكر ثم الانثيين وان قطع الانثيين اولا ثم الذكر وجب في الذكر
حكومة وفي الانثيين الدية وتجب في العين القايمة واليد الشلا حكومة وقال اسحق

تجب فيها ثلث الدية وهو احدى الروايتين عن احمد وروي ذلك عن ابي بكر الصديق
رضي الله عنه وحكي عن زيد بن ثابت انه اوجب فيها مائة دينار وجراح المراة على
النصف من جراح الرجل على قوله الجديد وبه قال ابو حنيفة واصحابه والثوري
وقال الشافعي في القديم تعاقل المراة الرجل الى ثلث الدية فاذا زاد على ثلث
الدية كانت على النصف منه وهو قول مالك وربيعة والزهري وحكي عن
الحسن البصري انه قال تعاقل المراة الرجل الى نصف الدية وعن زيد بن ثابت انه
قال تعاقل الى ارش المنقلة وهو عشر الدية ونصف عشرها وروي عن ابن
مسعود انه قال تعاقله الى نصف عشر الدية فاذا زاد على ذلك فعلى النصف
وهو قول شريح وفي حلمتي المراة الدية فاما حلمتا الرجل فقد قال في موضع فيهما
حكومة وقال في موضع قد قيل فيهما الدية فمن اصحابنا من قال فيهما قولان
اصحهما انه تجب فيهما الحكومة ومنهم من قال فيهما الحكومة قولا واحدا اذا وطي
زوجته فافضاها وجب عليه المهر بحكم النكاح والدية للافضا قال الشيخ ابو حامد
انه كان البول مسترسلا وجب مع الدية حكومة وان كان مستمسكا فالدية والمهر
قال القاضي ابو الطيب رحمه الله حكي وجوب المهر والدية وانما تجب اذا بقي ما بين المسلكين
منفرجا وقال ابو حنيفة لا دية عليه واختلف اصحابنا في صفة الافضا فمنهم من
قال هو ان يجعل مسلك الذكر ومخرج البول واحدا ومنهم من قال ان يخرق
ما بين القبل والدبر وذلك بعيد وقد حكي ذلك عن ابي علي بن ابي هريرة ان كان
الافضا في اجنبية اكرهها على الوطي وجب المهر ودية الافضا وروي ذلك عن
زيد بن ثابت وقال ابو حنيفة لا تجب المهر فاما الافضا فان لم يستمسك البول

وجبت الديه فان استمسك وجب ثلث الديه وروي ذلك عن ابن عمر فان كانت
هذه المراة بكرا دخل ارش البكارة في دية الافضا لان الشافعي قال لو
افضاها بيده وجب ديه وقال لو اكرهها على الوطي وجب المهر وارش البكارة
وحكي عن بعض اصحابنا انه قال تجب ارش البكارة كما لو اكرهها على الوطي
فاما اذا طاوعته على الزنا فلا مهر لها ولا دية الافضا وقال ابو حنيفه لا يضمن
دية الافضا فاما اذا كانت اجنبية فوطيها بشبهة بعقد فاسد او وطيها
زوجته فافضاها وجب عليه المهر والدية وقال ابو حنيفه ان استمسك
البول وجب المهر وثلث الدية وان استرسل وجبت الدية وسقط المهر وخالفه
محمد وقال تجب المهر والدية ولا تجب في اتلاف الشعور غير الحكومة
وبه قال مالك واحمد فان عادت ونبتت مثل ما كان عليه ففي وجوب رد الحكومة
وجهان حكاهما في الحاوي وقال ابو حنيفه تجب في شعر اللحية والحاجب
والراس واهداب العينين في كل واحد منهما كمال الدية فان كسر الترقوة او
كسر ضلعا فقد قال في موضع فيه جمل وقال في موضع اخر فيه حكومة
فقال ابو اسحق وابو علي بن ابي هريرة تجب فيه الحكومة قولا واحدا وقال المزني
وغيره هو على قولين وهو الاصح واصح القولين انه تجب فيه حكومة فان كانت
الجناية ليس لها ارش مقدر وجب فيها حكومة فيقوم لو كان عبدا سليما من
الجناية ويقوم وهو مجني عليه فما نقص من قيمته بالجناية تجب بقسطه
من الدية ومن اصحابنا من قال يعتبر نقص الجناية من قدر دية العضو الذي وقعت
الجناية عليه لا من دية النفس فان كان الذي نقص العشر والجناية على اليد

وجب عشر دية اليد وان كانت على اصبع وجب عشر دية الاصبع وان كانت
في الراس دون الموضحة ففيها عشر ارش الموضحة وان كانت على الجسد فيما دون
الجايفة وجب عشر ارش الجايفة والمذهب الاول فان لم تحصل بالجناية
نقص ففيه وجهان احدهما وهو قول ابي العباس بن سريج انه لا يجب شي والثاني
انه يجب ويعتبر اقرب الاحوال الى الاندمال في التقويم الى ان يقوم والدم جاري
فان جنى على رجل جناية لها ارش مقدر ثم عاد وقتله قبل الاندمال دخل ارش
الجناية في الدية وقال ابو سعيد الاصطخري لا يدخل فيها وتجب في العبد
قيمته بالغا ما بلغت القيمة وقال ابو حنيفه وزفر ومحمد لا يبلغ بقيمة العبد
دية الحر بل ينقص منه دينار وفي الامة روايتان احدهما ينقص عن دية الحرة
دينار والثانية نصف دينار وما ضمن من الحر بمقدر من ديته ضمن من العبد
بمقدر من قيمته ففي يده نصف قيمته وفي يديه كمال قيمته وفي موضحته نصف عشر
قيمته وروي ذلك عن عمر وعلي وسعيد بن المسيب وقال مالك في
العبد ما نقص من قيمته الا الموضحة والمنقلة والمامومة والجايفة وعن ابي
حنيفه روايتان احديهما مثل قولنا والاخرى ان ما كان فيه جمال كاللحيه
والحاجبين تجب ما نقص والباقي مقدر وقال محمد بن الحسن تجب ما نقص
بكل حال وهو قول داود واهل الظاهر وحكي عن بعض اصحابنا فان
فقا عيني عبد قيمته الفا دينار فاعتقه مولاه ثم مات قبل الاندمال وجب
فيه دية حر ويكون للمولى وقال المزني تجب الفا دينار ويكون للمولى فان
قطع حر يد عبد ثم اعتق فقطع حر اخر يده الاخرى ومات لم تجب على الاول

ثود وتجب عليه نصف الدية في الثاني وجهان احدهما وهو قول ابي الطيب بن سلمه
انه تجب عليه القصاص في الطرف ولا تجب في النفس والثاني وهو المذهب انه تجب
عليه القصاص في الطرف والنفس جميعا فان قطع رجل يد عبد فاعتقه مولاه
ثم قطع اخر يده الاخرى وقطع ثالث رجله ومات من الجنايات فلا قصاص
على الاول وعلى الثاني والثالث القصاص في الطرف والنفس جميعا
على الصحيح من المذهب فان عفي عنهما على الدية كان عليهما ثلثا الدية وعلى
الاول الثلث وما يكون للمولى فيه قولان احدهما انه يكون له اقل الامرين
من ارش الجناية او ما تجب على الثاني وهو ثلث الدية والثاني انه تجب له
اقل الامرين من ثلث الدية او ثلث القيمة ۝ ۝ ۝ ۝

باب العاقلة وما تحمله من الديات

تحمل العاقلة دية الخطا وشبه العمد وحكي عن ابي بكر الاصم والخوارج
انهم قالوا الدية تجب في مال القاتل دون عاقلته وقال قتاده وابن ابي ليلى
وابن شبرمة والبتي وابو ثور دية الخطا المحض على العاقلة ودية عمد الخطا
في مال القاتل وهل تحمل العاقلة دية الاطراف فيه قولان اصحهما انها تحمل
العاقلة القليل والكثير منها وهو قوله الجديد وقال في القديم لا تحمل ما دون
الدية وقال ابو حنيفة ما دون ارش الموضحة لا تحمله العاقلة وقال
مالك واحمد لا تحمل ما دون ثلث الدية وقال الزهري الثلث فما دونه لا تحمله
العاقلة ودية العمد في مال الجاني بكل حال وقال مالك دية العمد الذي لا
يوجب القصاص على العاقلة كالجائفة والمامومة فان اقتص في الطرف

بحديدة مسمومة فمات فعليه نصف الدية وهل تحمل العاقلة ذلك فيه وجهان
احدهما تحمله والثاني لا تحمله وان وكل من يقتص له في النفس ثم عفا وقتل الوكيل
ولم يعلم بالعفو وقلنا انّ ان العفو يصح ووجبت الدية على الوكيل فهل
تحملها العاقلة فيه وجهان اصحهما انها لا تحملها العاقلة وان قتل عبدا خطا
او شبه عمد فهل تحمل قيمته العاقلة فيه قولان احدهما لا تحملها وهو قول
مالك والثاني ان العاقلة تحملها وهو اختيار المزني وقال ابو حنيفة تحمل العاقلة
قيمته قيمة نفسه دون بدل اطرافه قتل نفسه خطا لم تجب الدية بقتله
ولا تحمله العاقلة ديته وبه قال ربيعة ومالك وابو حنيفة والثوري وذهب
احمد والاوزاعي واسحق الى انه تجب دية ذلك على عاقلته يكون لورثته في
النفس وان كانت على الطرف كانت للجاني في الخطا وما تجب من الدية
بالقتل بخطا الامام فيه قولان احدهما تجب على عاقلته والثاني تجب في
بيت المال فعلى هذا القول في الكفارة وجهان احدهما انه في ماله والثاني في بيت
المال وما تجب من الدية على العاقلة لجناية الخطا وشبه العمد فانه يكون
موجلا فان كان دية النفس وجبت في ثلث سنين وحكي عن بعض الناس انه قال
هي حالة وقال ربيعة هي موجلة في خمس سنين فان وجبت بقتل الخطا
دية ناقصة كدية الجنين والمراة والذمي ففيه وجهان احدهما انه تجب
في ثلث سنين في كل سنة ثلثها والثاني انها كارش الطرف اذا نقص
عن الدية وان كانت قيمة عبد وقلنا تحملها العاقلة ففيه وجهان احدهما
انها تقسم في ثلث سنين وان زاد حصته كل سنة على ثلث الدية والثاني

انه يودي في كل سنه قدر ثلث الدية والعاقلة هم العصبات غير الاب والجد
والابن وابن الابن وقال ابو حنيفه يدخل فيهم الاب والابن ولا يحمل القاتل
من الدية مع العاقلة شيا وقال ابو حنيفه هو كاحدهم واختلف قوله في
المولى من اسفل على قولين احدهما كاحدهم لا يعقل وهو قول ابي حنيفه
ومالك والثاني انه يعقل فان لم يكن له عاقلة ولا بيت مال فهل تجب
الدية على القاتل فيه وجهان بنا على القولين في الدية هل تجب على العاقلة
ابتدا او على الجاني ثم تحملها العاقلة اصحهما انها تجب على الجاني ثم تحملها
العاقلة فان قلنا تجب على الجاني عند عدم العاقلة وجب على الاب والابن ايضا
ويحتمل ان لا تجب عليهما فان جرح مسلم انسانا ثم ارتد وبقي على الردة زمان
يسري الجرح في مثله ثم اسلم ومات المجروح وجبت الدية وعلى من تجب فيه
قولان احدهما تجب على عاقلته والقول الثاني انها تجب على العاقلة نصف الدية
والنصف في مال الجاني وحكي فيه قول ثالث انه تجب عليه ضمان الجناية دون
السراية والشيخ اذا بلغ حد الهرم والمريض الزمن فيه قولان بنا على القولين
في قتله بالكفر الاصلي فان قلنا يقتلان عقلا فيجب على المتوسط من العاقلة
ربع دينار وعلى الغني نصف دينار في كل سنة ومن اصحابنا من قال يجب عليه ذلك
القدر في ثلث سنين وقال ابو حنيفه اكثر ما يجب على الواحد اربعة الدراهم
ولا حد لاقله لان عنده يسوي بين القريب والبعيد وحكي عن مالك انه قال
لا يتقدر ذلك وانما يحمل كل واحد منهم بقدر ما يحتمله ولا يضر به وحكي ذلك عن احمد
فاذا اراد الحاكم قسمة الدية على العاقلة بدا بالاقرب فالاقرب على ترتيب الميراث

فان كان فيهم من يدلي بالابوين ومن يدلي باحدهما ففيه قولان اصحهما انه يقدم
المدلي بهما وان امكن ان يقسم ما يجب على العاقلة على الاقربين منهم لم يقسم على
الابعدين وقال ابو حنيفه يسوي بين القريب والبعيد وان فضل شي قسم
على الابعدين فان غاب الاقربون في النسب وحضر الابعدون ففيه قولان
احدهما يقدم الاقربون في النسب والثاني يقدم الاقربون في الحضور فان استوى
جماعة في النسب وبعضهم حاضر وبعضهم غايب ففيه قولان احدهما انه يقدم الحضور
والثاني انه يسوي بين الجميع وهو قول ابي حنيفه وان كثرت العاقلة وقل
المال المستحق بالجناية بحيث اذا قسم عليهم خص المتوسط دون ربع دينار والغني
دون نصف دينار ففيه قولان اصحهما انه يقسم على الجميع اذا جنى العبد جناية
يوجب المال على حر او عبد تعلق الارش برقبته يباع فيه فان اختار المولى
ان يفديه ففيه قولان احدهما انه يفديه باقل الامرين من ارش الجناية او قيمة
الرقبة والثاني انه يفديه بارش الجناية او يسلمه للبيع واهل الديوان لا
يحملون في جملة العاقلة من غير نسب وبه قال مالك وقال ابو حنيفه يعقلون
عنه وابتدا المدة على العاقلة من حين وجوب الدية بالقتل وقال ابو حنيفه
من حين حكم الحاكم اذا مات بعد حلول نجم عليه وهو موسر لم يسقط بموته وقال
ابو حنيفه يسقط والحلف والموالاة لا يعقل بهما وقال ابو حنيفه يعقلان بها
وقال ويورث اذا كان القتل عمدا لا يجب فيه القود بحال كقتل الوالد ولده و الجايفة
والمامومة وما دون الموضحة فان ذلك حال في مال الجاني وقال ابو حنيفه
يكون موجلا في ثلث سنين واذا جنت ام الولد ثم جنت ففيه قولان احدهما ان

الشيد يغديها كلما وجبت وهو اختيار المزني والثاني انه يلزمه الاكثر من قيمته
والجلة يقسم بين كل من جنت عليه وهو قول ابي حنيفة

باب اختلاف الجاني وولي الدم

اذا قتل حر رجلا ثم اختلفا فادعى القاتل انه كان عبدا وادعى الولي انه كان حرا
فقد نص الشافعي رحمه الله ان القول قول الولي مع يمينه وقال اذا قذف امراة
فادعى انها امة فلا حد عليه ان القول قول القاذف فمن اصحابنا من جعل في المسلتين
قولين بنقل الجوابين ومنهم من فرق بينهما فان اختلف الجاني وولي الجناية
فقال الولي قتلته وانت بالغ فقال الجاني بل قتلته وانا صبي فالقول قول
الجاني من غير يمين هذا الذي ذكره القاضي ابو الطيب رحمه الله وذكر
الشيخ ابو نصر ان القول قوله مع يمينه وكذا ذكر في الحاوي والاول اصح لان الاصل
عدم البلوغ ويمين غير البالغ لا تصح وعندي انه ينبغي ان يوخر يمينه حتى
يبلغ فان وجب له القصاص في موضحة فاقتص في اكثر منها وادعى ان ذلك كان
باضطراب المقتص منه وانكر المستفاد منه وان قتل ملفوفا في كسا وادعى
انه قده وهو ميت وقال الولي بل كان حيا فيه قولان احدهما ان القول قول الجاني
والثاني ان القول قول الولي اذا حلف للجاني ووريثه الجنين في الاستهلال قبل فيه
شهادة رجل وامراتين وشهادة اربع نسوة قال الربيع وفيه قول اخر انه
لا يقبل الا شهادة رجلين قال اصحابنا هذا من كيسه وليس بصحيح فان جنى
على عضو ثم اختلفا في سلامته فادعى الجاني انه جنى عليه وهو اشل وقال المجني
عليه بل كان سليما فقد اختلف اصحابنا فيه فمنهم من قال فيه قولان احدهما ان القول

قول الجاني وهو قول ابي حنيفة والثاني ان القول قول المجني عليه وهو قول احمد
وهو الاصح ومنهم من قال انه ان كان من الاعضاء الظاهرة فالقول قول الجاني
وان كان من الاعضاء الباطنة فالقول قول المجني عليه فان اتفقا على سلامة العضو
ثم ادعى الجاني انه قد طرا عليه شلل وانكر المجني عليه ذلك ففيه قولان احدهما
ان القول قول الجاني والثاني ان القول قول المجني عليه فاذا اراد اقامة
البينة على سلامة العضو ففي كيفية اقامتها قولان احدهما انها تشهد على
سلامة العضو في حال الجناية والثاني انه اذا اقام البينة على سلامته قبل
الجناية حكم بالعود وان دفع اليه الابل في قتل العمد فقال الولي لم يكن فيها خلفات
وقال الجاني بل كان فيها خلفات وكان الدفع بقول اهل الخبرة ففيه
وجهان احدهما ان القول قول الولي والثاني ان القول قول الجاني احدهما ان
القول فان كان القاتل يجن يوما ويفيق يوما فقال قتلته في حال جنوني وقال
الولي بل في حال افاقتك ففيه وجهان حكاهما في الحاوي احدهما ان القول
قول القاتل

باب كفارة القتل

اذا قتل من يحرم عليه قتله من حر او عبد مسلم او كافر له امان خطا وجبت عليه
الكفارة به وحكي في الحاوي عن مالك انه لا تجب الكفارة بقتل العبد و
الكافر وان قتله عمدا وجبت عليه الكفارة وحكي في الحاوي انه اذا قتل قصاصا
ففي سقوط الكفارة عنه وجهان حكاهما المروزي وابو علي بن ابي هريرة
اصحهما ان الكفارة على ما كانت عليه من الوجوب فيودى من تركته وقال ابو حنيفة
ومالك لا كفارة عليه في قتل العمد وان توصل الى قتله بسبب يضمن به النفس

بجحد البر والاكراه وشهادة الزور وجبت عليه الكفارة وقال ابو حنيفة لا تجب
الكفارة بجحد البر ولا بنصب السكين واذا ضرب بطن امراة فالقت جنينا ميتا
وجبت عليه الكفارة وقال ابو حنيفة لا كفارة عليه ان قتل نفسه او قتل عبده وجبت
عليه الكفارة وقال ابو حنيفة لا كفارة عليه وان اشترك جماعة في قتل نفس
وجب على كل واحد منهم كفارة واحدة على اصح القولين والقول الثاني
انه تجب عليهم كفارة واحدة وليس بصحيح وتجب الكفارة بقتل الصبي
والمجنون وقال ابو حنيفة لا تجب عليهما الكفارة وتجب على الكافر الكفارة
بالقتل وقال ابو حنيفة لا تجب عليه الكفارة والكفارة عتق رقبة مومنة
فان لم تجد فصيام شهرين متتابعين فان لم يستطع ففيه قولان احدهما
انه تجب عليه اطعام ستين مسكينا والثاني لا تجب ٥ ٥

باب قتال اهل البغي ٥

اذا انهزم اهل البغي لم يتبعوا ولم يذفف على جريحهم وقال ابو حنيفة يتبعون
ويقتلون واختاره ابو اسحق المروزي وان حضر من لا يقاتل في حال القتال فهل
يجوز قتله فيه وجهان احدهما انه لا يقصد بالقتل ولا يقتل اسيرهم وقال
ابو حنيفة يقتل اسيرهم وعندنا انه اذا اسر واحد منهم قبل الطاعة اخذت
عليه البيعة وخلي وكذلك اذا انهزموا خلي وقال ابو اسحق لا يخلى وان وقع في
الاسر من ليس من اهل البيعة منهم فهل يجوز حبسهم لاضعاف قلوبهم فيه
وجهان فان قتل اسيرهم ضمنه وهل يضمنه بالقصاص فيه وجهان احدهما

يضمنه والثاني لا يضمنه ولا يجوز الانتفاع بسلاح اهل البغي وكراعهم وقال
ابو حنيفة يجوز ذلك في حال القتال اذا امتنع اهل البغي بدار وارتكبوا
اسباب الحدود وجب استيفاؤها عند القدرة عليهم وقال ابو حنيفة لا تجب
عليهم الحدود وان اتلف احد الفريقين على الاخر شيئا في حال القتال
فان كان من اهل العدل على اهل البغي لم يجب عليهم الضمان وان كان من اهل
البغي على اهل العدل ففي وجوب الضمان عليهم قولان اصحهما انه لا ضمان عليهم
وهو قول ابي حنيفة والثاني يجب الضمان وهو قول مالك ومن اصحابنا من قال
القولان في ضمان الدية فاما القصاص فلا يجب قولا واحدا فان استعان اهل
البغي بمن عندهم من اهل الذمة فعاونوهم ولم يكن قد شرط عليهم في عقد
الذمة ترك معاونتهم فهل ينتقض والثاني لا ينتقض فاذا قلنا لا ينتقض ذمتهم
فحكمهم حكم اهل البغي الا انهم اذا اتلفوا على اهل العدل شيئا ضمنوه قولا
واحدا بخلاف اهل البغي قاضيا فان كان ممن يستبيح دما اهل العدل واموالهم
لم ينفذ حكمه وان كان ممن لا يستبيح دماهم واموالهم نفذ من حكمه ما ينفذ من حكم
قاضي اهل العدل وقال ابو حنيفة ان كان القاضي من اهل البغي لم ينفذ
حكمه فان ادعى مسلم من اهل البغي انه ادى الخراج لم يقبل قوله في
اصح القولين وان اظهر قوم راي الخوارج غير انهم لم يخرجوا عن قبضة الامام فحكمهم
حكم اهل البغي في الضمان وغيره وان قتلوا رجلا فهل يتحتم قتل القاتل
فيه وجهان اصحهما انه لا يتحتم فان عرضوا بسب الامام فهل يعزرون فيه
وجهان احدهما انهم يعزرون والثاني انهم لا يعزرون ٥

باب قتل المرتد ٥

يصح الردة من كل بالغ عاقل مختار فاما الصبي والمجنون فلا يصح ردتهما وقال
ابو حنيفة يصح ردة الصبي اذا عقل ومن غيره انه لا يقتل بها وفي ردة السكران
طريقان كالطلاق وقال ابو حنيفة لا يصح ردته ولا اسلامه فان اكره على
كلمة الكفر فالافضل ان لا ياتي بها ومن اصحابنا من قال ان كان يرجوا النكاية
في العدو او القيام باحكام الشرع فالافضل ان يدفع عن نفسه القتل ويقتل
الرجل والمراة بالردة وقال ابو حنيفة لا يقتل المرتدة وهل يجب استتابته
او يستحب فيه قولان احدهما انها تجب والثاني انها يستحب وبه قال مالك واحمد
وابو حنيفة وقال عطا ان كان مسلما في الاصل لم يستتب وان كان قد اسلم
ثم ارتد استتيب وقال الحسن البصري يقتل من غير استتابة وفي مدة الاستتابة
قولان اصحهما انه يستتاب في الحال والثاني يستتاب ثلثة ايام ويروى عن علي
رضي الله عنه انه قال يستتاب شهرا وقال الثوري يستتاب ما يرجى عوده وفي
استتابة السكران وجهان احدهما يصح ويستحب تاخيره والثاني انه يجب التاخير
واذا تاب المرتد قبلت توبته سوا كان كفره مما يتظاهر به اهله او مما يستتر
به اهله كالزندقة والتعطيل وقال احمد ومالك واسحق لا يقبل توبة
الزنديق وعن ابي حنيفة روايتان ذكر في الحاوي في وصف الاسلام
ان ياتي بالشهادتين ويتبرا من كل دين خالف الاسلام ويقر بالبعث والنشور
وفي التبري من كل دين خالف الاسلام هل يشترط ثلثة اوجه احدها انه مستحب
والثاني انه شرط والثالث وهو قول ابي اسحق المروزي والقاضي ابي حامد
انه شرط في اسلام من يزعم ان محمدا صلى الله عليه وسلم نبي مبعوث الى ولد اسمعيل

دون ولد اسحق وهو قول بعض اليهود ولا يشترط في الاسلام من زعم انه ليس بنبي واما
الاقرار بالبعث والنشور فمستحب فان ارتد ثم اسلم وتكرر ذلك قبل منه وعزر
على ذلك وقال ابو اسحق لا يقبل اسلامه اذا تكرر في ردته اذا كان المرتد
حرا فقتله الى الامام وان كان عبدا ففيه وجهان احدهما انه يجوز للمولى
قتله والثاني انه لا يجوز وفي زوال ملك المرتد ثلثة اقوال احدها انه لا يزول
وهو اختيار المزني وهو قول ابي حنيفة والثاني وهو الاصح انه يزول وهو قول
مالك فان اسلم عاد ملكه والثالث انه موقوف مراعى وعلى هذا في ابتدا
ملكه بالابتياع والاصطياد الاقوال الثلثة ومن اصحابنا من قال في ملكه قولان
احدهما انه ثابت والثاني انه موقوف واذا قلنا ملكه باقي فانه ينفق الى ان
يحجر الحاكم عليه فان لحق بدار الحرب حفظ الحاكم ماله وقال ابو حنيفة يورث
عنه فان امتنعت الطائفة المرتدة بدار فاتلفت في حال القتال نفسا او مالا ففيه
طريقان احدهما وهو قول الشيخ ابي حامد الاسفرايني واكثر البغداديين ان في
وجوب الضمان قولين كاهل البغي والثاني وهو قول البصريين انه تجب
الضمان عليهما قولا واحدا وان ارتد وله ولد صغير او حمل حكم باسلامه فان بلغ
ووصف الكفر قتل وقال ابو العباس فيه قول اخر انه لا يقتل وليس
بصحيح ولا يجوز استرقاق المرتد وقال ابو حنيفة اذا لحقت المرتدة بدار الحرب
جاز استرقاقها فان ارتد الزوجان فحبلت منه في حال الردة واتت بولد كان
محكوما بكفره وهل استرقاقه فيه يجوز قولان وقال ابو حنيفة ان ولد في دار
الاسلام لم يجز استرقاقه وان ولد في دار الحرب جاز استرقاقه واذا قلنا يجوز استرقاق

ولد المرتد فاذا بلغ وصف الكفر لم يقر عليه فان اكره على التلفظ بكلمة
الكفر ولم يقترن به نية كفر ولا تجوز ايمان ففيه وجهان احدهما انه يكون
على اسلامه والثاني انه يكون مرتدا

فصل السحر

حقيقة وله تاثير في ايلام الجسم وقال ابو جعفر الاستراباذي والمغربي
من اهل الظاهر لا حقيقة له ولا يوثر في الجسم وتعلم السحر وتعليمه
حرام فان تعلمه او علمه ولم يعتقد اباحته لم يكفر ولم يحل قتله
وحكي في الحاوي عن ابي حنيفة ومالك انه يكفر بذلك ويجب قتله
ولا يقبل توبته كالزنديق وحكي عن احمد واسحق انه لا يكفر ولكن يجب
قتله وان اعتقد اباحته كفر

باب صول الفحل

اذا صال عليه رجل يقصد نفسه فهل يجب عليه الدفع فيه وجهان احدهما
يجب عليه الدفع كما يجب الدفع عن زوجته وان صالت عليه بهيمة ولم يندفع الا بالقتل
جاز له قتلها ولا ضمان عليه وبه قال مالك واحمد عند مالك في المضطر كذلك
وقال ابو حنيفة يجب عليه ضمان قيمتها لصاحبها وكذا اذا صال عليه صبي او مجنون
فان اطلع رجل اجنبي على اهله في بيته فله ان يفقا عينه وقال ابو حنيفة لا يجوز
له ذلك وهل له ان يصيبه قبل ان ينهاه بالكلام فيه وجهان احدهما انه
يجوز وهو اختيار الشيخ ابي حامد والقاضي المروروذي والثاني لا يجوز
فان كان المطلع من ذوي المحارم الذي يجري ابي حامد القصاص في جواز قتله
وجهان احدهما وهو قول الشيخ ابي حامد انه يجوز والثاني وهو قول ابي علي
بن ابي هريرة انه يجوز فان اراد ذو المحرم دخول الدار ولم يكن ساكنا معهم

فيها والباب مفتوح ففي وجوب الاستيذان وجهان احدهما يجب عليه الاستيذان
والثاني لا يجب الاستيذان ويجب الاشعار بالنحنحة وشدة الوطي وان نظر
الى داره من باب مفتوح واطال النظر فهل يجوز له رميه فيه وجهان احدهما
يجوز له رميه والثاني لا يجوز وهو قول ابي القسم البصري ذكره في الحاوي
اذا وجد رجلا على امراته يزني بها دفعه بالقتل وفيه وجهان احدهما انه
قتل دفع والثاني انه قتل حد فان وجد قتيل في داره فادعى انه دخل عليه
بسيف مشهور او قوس موتور فقتله ليدفعه عن نفسه فاقام بينة
بصفته في دخوله فان ذكرت البينة انه اراده بذلك فلا قود وان لم
يقل البينة ذلك فقد ذكر الشيخ ابو حامد انه يقبل منه هذه الدعوى
ويسقط عنه القود والدية وذكر في الحاوي انه عندي يسقط القود دون
الدية وان افسدت ماشيته زرع غيره ولم يكن معها فلا ضمان عليه اذا كان بالنهار
وان كان بالليل وجب عليه الضمان وقال ابو حنيفة لا ضمان عليه بحال اذا لم يكن يده
عليها وان كثرت المواشي بالنهار حتى عجز ارباب الزروع عن حفظها ففي وجوب
الضمان وجهان انه يجب والثاني لا يجب فعلى هذا لو احرز ارباب المواشي مواشيهم
بالليل فغلبتهم وتفرقت ورعت الزروع ففي وجوب الضمان وجهان
حكاهما ابن ابي هريرة اذا مرت بهيمة رجل بجوهرة لآخر فابتلعتها وهو
معها ضمنها وقال ابو علي بن ابي هريرة ان كانت شاة لم يضمن اذا عض رجل فلم
يمكنه تخليصها فجذب يده فسقطت ثناياه لم يجب عليه الضمان وحكي عن
مالك وابن ابي ليلى انهما قالا يجب عليه الضمان وهو خلاف السنة اذا كان

مع الدابة سابق وقايد فاتلفت شيا وجب عليهما ضمانه نصفين اذا كان على الدابه
راكب ومعها قايد او سابق ففيه وجهان احدهما ان الضمان عليهما نصفين
والثاني ان الضمان وجـ [illegible] على الراكب فان ربط دابة وضبطها فاسترسلت
من غير تفريط من جهته واتلفت مالا او انسانا ففي وجوب الضمان وجهان
اصحهما انه لا ضمان عليه والثاني عليه الضمان فان وقف الدابة بفنا داره في
طريق واسع وهي غير متشعبة فاتلفت شيا ففي وجوب الضمان
وجهان حكاهما في الحاوي فان كان له سنور معروف باكل الطيور فارسله
فاكل الطيور وجب عليه الضمان ليلا كان او نهارا قال ابو علي الطبري فان
لم يكن معروفا بذلك فلا ضمان عليه لان العادة ارسال السنانير وان كان
معه كلب عقور فارسله فاتلف شيا وجب عليه ضمانه فان كان في داره كلب
عقور فاكره رجلا على الدخول الى داره فلم يتصل التلف بالاكراه
ففي استصحاب حكمه وجهان احدهما انه يضمنه كما لو اتصل الاتلاف بالاكراه

كتاب السير

الجهاد فرض على الكفاية وحكي عن سعيد بن المسيب انه فرض على
الاعيان فان كان عدد العدو اكثر من عدد اهل الثغر لم يسقط الفرض
عن المسلمين باهل الثغر وعلى الامام ان يمدهم بمن يقوم به الكفاية وان
كان عدد العدو مثل اهل الثغر ففيه وجهان احدهما انه يسقط بهم
الفرض والثاني لا يسقط والعدد المسقط لفرض الجهاد اذا طرا

بعد التقا الزحفين فان كان في نفسه كالمرض والعرج فالذي حكاه القاضي
ابو الطيب رحمه الله انه ليس له الرجوع وذكر الشيخ ابو حامد ان له الرجوع وان
كان العذر في غيره كرجوع الوالدين وصاحب الدين ففيه قولان احدهما
ليس له الرجوع والثاني له الرجوع والدين المؤجل هل يمنع وجوب الجهاد
فيه وجهان احدهما انه يجوز ان يجاهد بغير اذنه والثاني انه لا يجوز
الا باذن صاحب الدين فان كان له اب وجد او ام وجدة فهل يعتبر رضا
الجد والجدة فيه وجهان احدهما لا يعتبر والاصح انه يعتبر وان كان ابواه
مملوكين فهل يعتبر اذنهما فيه وجهان احدهما لا يعتبر والثاني يعتبر
ويكره ان يقتل ذا رحم محرم من الكفار وفيمن ليس بمحرم من ذوي
الارحام كبني الاعمام وجهان احدهما انه لا يكره له وهو قول
ابي علي بن ابي هريرة والثاني انه يكره واذا اراد ان يستعين بمشرك
وكان حسن الراي في المسلمين جاز له ذلك وان كان باجرة وحكي في الحاوي
عن مالك وابي حنيفة انه لا يجوز ان يستعين بمشرك على قتال المشركين
وفي القدر الذي يستاجره به وجهان احدهما انه لا يجوز ان يبلغ به سهم
راجل والثاني وهو المذهب انه يجوز فان حضر المشرك ولم يقاتل فهل
يستحق الاجرة فيه وجهان احدهما انه لا يستحق والثاني انه يستحق بالحضور
ذكره في الحاوي انهم ان لم يقاتلوا لتعذر القتال بانهزام العدو استحقوا
الاجرة وان لم يقاتلوا مع الحاجة اليهم سقط من الاجرة بقسطه مما يتقسط
عليه من اجرة فيه وجهان احدهما انه يتقسط على المسافة من بلد الاجارة الى دار

الاسلام الى موضع الوقفة من دار الحرب وعلى القتال والثاني انها تنقسط
على مسافة يسيرة في دار الحرب الى موضع القتال وعلى القتال دون
مسافة يسيرة في دار الاسلام فان كان في مقابلة كل مسلم مشركان
تعينت المصابرة فان غلب على ظنه انه يقتل ان ثبت ففيه وجهان
احدهما ان لهم ان يولوا والثاني ليس لهم ذلك وهو الصحيح فان كان في
مقابلة كل مسلم ثلثة من المشركين او اكثر لم تجب عليهم
المصابرة فان غلب على ظنهم انهم لا يهلكون ان ثبتوا فالافضل
ان يثبتوا وان غلب على ظنهم انهم يهلكون ففيه وجهان احدهما
انه يلزمهم ان ينصرفوا والثاني انه يستحب ان ينصرفوا وان لقي رجل
من المسلمين رجلين من المشركين من غير حرب فطلباه ولم يطلبهما فله
ان يولي وان طلبهما ولم يطلباه ففيه وجهان احدهما ان له ان يولي عنهما
والثاني انه يحرم عليه ذلك فان دخل العدو بلاد الاسلام فيتعين على كافة
المسلمين فرض القتال اذا لم يكن في اهل تلك البلاد قدرة على دفعهم
وان كان لهم قدرة على دفعهم لم يسقط بهم فرض الكفاية عن كافة
المسلمين ما كان العدو باقيا في دارهم وهل يصير فرض قتالهم متعينا على
سائر المسلمين فيه وجهان وفي قتل الراهب والشيخ الفاني اذا لم يكن
له راي قولان احدهما انه لا يجوز قتله وهو قول ابي حنيفة ومالك والثاني
يجوز قتله وان تترسوا باطفالهم ونسائهم وكان في غير حال الحرب ففيه
قولان احدهما انه يجوز رميهم والثاني لا يجوز اذا لم يحتج الى تخريب

ديارهم وقطع اشجارهم وغلب على ظنه ان الدار يصير لنا ففي جواز قطعها وجهان
احدهما انه لا يجوز والثاني يجوز والاولى ان لا يفعل ذلك وقال مالك لا
باس بذلك بكل حال ولا يصح الامان الا من مسلم بالغ عاقل مختار فاما
الصبي والمجنون فلا يصح امانهما وقال مالك واحمد يصح امان الصبي
المراهق ويصح امان العبد وقال ابو حنيفة لا يصح امانه الا ان يكون ماذونا
له في القتال فان امن الكفار مسلما بينهم ولم يستامنوه ففيه وجهان احدهما
انهم منه في امان وقال ابو علي بن ابي هريرة لا امان لهم فان امن اسيرا
لم يصح امانه وحكي عن الاوزاعي انه قال يصح ان يومن الاسير فان كان المسلم اسيرا
في يد الكفار فامن مشركا فقد قال الشيخ ابو حامد يصح امانه قال صاحب
الحاوي وعندي ان امانه معتبر بحال من امنه فان كان في امان من المشرك
صح امانه لذلك المشرك وان لم يكن في امان منه لم يصح امانه فان اسر حربيا بالغ
عاقل فالامام فيه بالخيار بين المن والفدا والقتل والاسترقاق وقال
ابو حنيفة لا يجوز المن والمفاداة ويجوز القتل على سبيل المصلحة والاسترقاق
وقال ابو يوسف ومحمد لا يجوز المن ويجوز المفاداة والقتل والاسترقاق
فان اختار ان يسترقه وكان من عبدة الاوثان ففيه وجهان احدهما
وهو قول ابي سعيد الاصطخري انه لا يجوز استرقاقه والثاني انه يجوز
استرقاقه وان كان من العرب فقد قال في الجديد يجوز به الاسترقاق
والمفاداة وقال في القديم لا يجوز استرقاقه وان تزوج عربي امة كتابية
فاولدها ولدا كان حرا على قوله القديم وكان رقيقا في قوله الجديد

فان قتل الاسير قاتل في الاسر لم تجب عليه شيء وعزر وقال الاوزاعي تجب
عليه الدية فان بذل الاسير الجزية وطلب عقد الذمة وهو ممن يجوز ان يعقد
لمثله الذمة ففيه وجهان احدهما انه تجب قبولها والثاني انه لا تجب
فان اسلم في الاسر حقن دمه وهل يرق بالاسلام او يبقى الخيار
فيه فيه قولان احدهما انه يرق بنفس الاسلام ويسقط الخيار في الباقي
والثاني انه لا يرق فان اسر شيخ لا قتال فيه ولا راي فان قلنا لا يجوز
قتله فهو كما لو اسلم اذا بدا مسلم وطلب المبارزة لم يكره له وقال ابو
علي بن ابي هريرة يكره له فان بارز ضعيف جاز ومن اصحابنا من قال
لا يجوز والمستحب ان لا يبارز الا بامر الامير فان بارز بغير اذنه جاز ومن اصحابنا من
قال لا يجوز ويكره الغزو بغير اذن الامام ولا يحرم ولا فرق بين ان
يكون الطايفة في منعة او لا يكون في منعة وقال ابو حنيفة يحرم الا ان
يكون في منعة وقال ابو يوسف المنعة عشرة فان غنمت خمس ما غنمت
وقال ابو حنيفة يترك عليهم ولا يخمسه وقال الاوزاعي ان شا خمسه
وان شا تركه عليهم فان شرط المشرك ان لا يقاتله الا من برز اليه وجب الوفا
له بالشرط وان لم يشترط ذلك ولكن العادة في المبارزة لا يقاتله الا من
برز اليه فمن اصحابنا من قال يستحب ان لا يقاتله غيره وقيل لا يجوز ان يقاتله
غيره والسلب للقاتل اذا غرر بنفسه في قتل مشرك مقبل على الحرب
وقال ابو حنيفة لا يستحقه الا بشرط الامير فان كان القاتل ممن لا سهم له
وله رضخ كالصبي والمراة والكافر اذا حضر بالاذن ففيه وجهان احدهما

انه لا يستحق السلب والثاني انه يستحق ولا يخمس السلب وروي ذلك عن سعد
بن ابي وقاص وروي عن ابن عباس رضي الله عنه انه يخمس وبه قال مالك وروي
عن عمر رضي الله عنه انه قال ان كان كثيرا خمس ويستحق السلب من اصل
الغنيمة وقال مالك يستحق من الخمس الذي هو سهم المصالح فان كان ممن له سهم
في المغنم فهل يستحق السلب معه فيه وجهان احدهما انه يجمع له بينهما والثاني انه ياخذ
اكثرهما ذكره في الحاوي وان لم يغرر بنفسه بان رماه من ورا الصف فقتله
لم يستحق سلبه وكذلك المنهزم والمثخن اذا قتله لم يستحق سلبه وقال ابو ثور كل
مسلم قتل مسلما استحق سلبه وان قتل موليا لبكنه استحق سلبه وان قطع
احدهما يديه او رجليه وقتله الاخر ففيه قولان احدهما ان السلب للاول والثاني
انه للثاني وان غرر من له سهم فاسر مشركا مقبلا على الحرب وسلمه الى الامام
حيا ففيه قولان احدهما انه يستحق سلبه والثاني انه يستحقه فان فاداه الامام
على مال او استرقه ففي رقبته والمال المفادى به قولان احدهما انه للذي اسره
والثاني انه لا يكون له والسلب ما كان عليه من جنة للحرب كالثياب التي يقاتل
فيها والسلاح الذي يقاتل به والمركوب الذي يقاتل عليه فاما ما في يده مما لا يقاتل
به كالطوق والمنطقة والسوار والخاتم وما في وسطه من النفقة ففيه قولان
احدهما انه ليس من السلب والثاني انه من السلب ومن اسلم من الكفار قبل الوقوع
في الاسر عصم نفسه وماله وان كانت في دار الحرب وبه قال مالك واحمد وقال
ابو حنيفة ما كان له من العقار في دار الحرب يغنم واما غيره فانه ان كان في يده
او في يد مسلم او ذمي لم يغنم وان كان في يد حربي في دار الاسلام واسلم له اولاد صغار

دار الحرب وبعوده في الاسلام لم يجز سبيهم وبه قال مالك واحمد وقال ابو
حنيفه يجوز سبيهم وان كان له منفعة باجارة لم يملك عليه وان كانت له زوجه
جاز استرقاقها على المنصوص ومن اصحابنا من قال لا يجوز فان كان له حمل من
حربيه لم يجز استرقاقه وهل يجوز استرقاق الحامل فيه وجهان احدهما
انه يجوز والثاني يجوز فان اعتق المسلم عبدا ذميا فلحق بدار الحرب لم يجز استرقاقه
وان اعتقه ذمي فلحق بدار الحرب ففي جواز استرقاقه وجهان وان بلغ الصبي
عاقلا ثم اسلم احد ابويه فهل يتبعه وان فيه وجهان احدهما لا يتبعه والثاني
انه يتبعه وهو المذهب وحكي في الحاوي عن مالك انه اذا اسلمت الام لم
يتبعها الولد يتبع الاب وحكي عن عطا انه يتبع الام ولا يتبع الاب فان سبى
المسلم صبيا منفردا عن ابويه ففيه وجهان احدهما انه يبقى على حكم
كفره وهو ظاهر المذهب والثاني انه يتبعه وذكر في الحاوي انه
يتبع السابي في الاسلام ثم فيه وجهان احدهما انه يحكم باسلامه قطعا وهو
قول جمهور البغداذيين والثاني انه يحكم باسلامه في الظاهر دون الباطن
وهو قول جمهور البصريين وان وصف الاسلام صبي عاقل من اولاد الكفار لم يصح
اسلامه على ظاهر المذهب فعلى هذا يحال بينه وبين اهله من الكفار
الى ان يبلغ فان وصف الاسلام حكم باسلامه وان وصف الكفر تهدد
وضرب وطولب بالاسلام فان اقام على الكفر رد الى اهله ومن اصحابنا
من قال يصح اسلامه وهو قول ابي حنيفه ومن اصحابنا من قال يصح اسلامه
في الظاهر دون الباطن واختاره الداركي فان سبيت امراه ومعها

ولد صغير لم يجز التفريق بينهما وان سبي رجل ومعه ولد صغير ففي التفريق
بينهما وجهان احدهما انه لا يجوز التفريق بينهما والثاني انه يجوز فان كان الولد مع
جدته او جداه دون الاب ففي جواز التفريق ثلثة اوجه احدها انه يجوز التفريق
والثالث لا يجوز التفريق بينه وبين الجدة ويجوز بينه وبين الجد ابي الاب وقال
احمد التفريق بين الوالدة وولدها حرام بعد البلوغ ايضا وفي كل موضع
حرمنا التفريق بينهما ففي فساد البيع وجهان ذكرهما في الحاوي مذهب
البغداذيين انه باطل وهو قول ابي يوسف والثاني وهو قول البصريين
انه يصح فان سبي الزوجان او احدهما انفسخ النكاح بينهما وقال ابو
ابو حنيفه اذا سبيا لا ينفسخ وان سبي احدهما انفسخ فان كان الزوجان
مملوكين فسبيا او احدهما فلا نص فيه والذي يقتضيه المذهب لا ينفسخ
النكاح ومن اصحابنا من قال ينفسخ اذا دخل الجيش دار الحرب فوجد واما
يوكل من طعام او حلاوة او فاكهة واحتاجوا اليه جاز لهم اكله من غير
ضمان وهل يجوز لهم الاكل من غير حاجة فيه وجهان اظهرهما انه يجوز
وهو قول اكثر اصحابنا وحكي الزهري انه قال لا يجوز اكل الطعام
في دار الحرب الا باذن الامام ويجوز ذبح الحيوان الماكول الاكل
على ظاهر المذهب من غير ضمان ومن اصحابنا من قال يجب عليه قيمته
وان خرج الى دار الاسلام ومعه بقيه من الطعام ففيه قولان احدهما
انه لا يلزمه رده في المغنم والثاني يلزمه رده في المغنم ومن اصحابنا من قال
ان كان كثيرا اوجب رده وان كان قليلا ففيه قولان والاول اصح وقال

ابو حنيفة وابو يوسف ما بقي معهم من الطعام قبل قسمة الغنيمة رده في
الغنايم وما بقي بعد قسمتها باعوه وتصدقوا بثمنه فان اصابوا في دار
الحرب خنزيرا فقد قال في سير الواقدي يقتل ان كان فيه عدوى ومن
اصحابنا من قال ان كان فيه عدوى قتل وان لم يكن فيه عدوى
لم يقتل ومنهم من قال يجب قتله بكل حال وما اصيب من اموال
الكفار ان كانوا حيوانا لم يجز اتلافه مخافة استرجاعهم له ولا يجوز
ذبح الحيوان الماكول الا للاكل وبه قال الاوزاعي والليث بن سعد
وابو ثور واحمد وقال ابو حنيفة ومالك يجوز ذلك فان سرق بعض
الغانمين من اربعة اخماس الغنيمة اكثر من حقه ما يبلغ نصابا فهل
يجب عليه القطع فيه وجهان احدهما انه يقطع والثاني انه لا يقطع
وان وطي بعض الغانمين جارية في المغنم لم يجب عليه الحد وقال ابو ثور ومالك
والاوزاعي يجب عليه الحد فان احبلها ثبت نسب الولد والعقد جار وهل
تقسم الجارية في المغنم او تقوم على الواطي فيه طريقان من اصحابنا من قال
ان قلنا انه اذا ملكها صارت ام ولد له قومت عليه وان قلنا لا تصير ام
ولد له لم تقوم ومن اصحابنا من قال تقوم قولا واحدا فاما المهر فقد وجب
عليه فان كان عدد الغانمين محصورا فقد قال الشافعي رحمه الله يسقط
عنه بقدر حصته من المهر واختلف اصحابنا في محل سقوطه على
وجهين حكاهما ابو اسحق المروزي احدهما ان يسقط عنه قدر حصته
اذا كان قد تملكها بالقسمة مع جماعة من الغانمين محصورة فاما اذا كان قد

تملكها بالقسمة مع جماعة من الغانمين محصورة قد وطيها قبل ان يملكها فلا يسقط
عنه من مهرها شي والوجه الثاني انه يسقط عنه في الحالين ومن قتل
في دار الحرب قتلا يوجب القصاص وارتكب معصية توجب حدا وجب
عليه ما يجب في دار الاسلام وبه قال مالك واحمد وقال ابو حنيفة لا تجب
الحدود في دار الحرب الا ان يكون معهم امام او نايب امام اذا اخذ المشركون
اموال المسلمين بالقهر والغلبة لم يملكوها واذا استرجع منها شي وجب
رده على صاحبه وبه قال ربيعة وقال ابو حنيفة ومالك واحمد يملكونها
بالقهر والغلبة فان اخذها المسلمون منهم وجا صاحبها قبل القسمة فهو
احق بها وبقيمتها وعن احمد رواية اخرى انه لا حق له فيها بعد القسمة
وسلم ابو حنيفة المكاتب وام الولد اذا ابق عبد المسلم الى دار الحرب لم
يملكوه باحد وبه قال ابو حنيفة وقال مالك واحمد وابو يوسف ومحمد
يملكونه فان كان المسلم اسيرا مع الكفار محبوسا فاستاذنا وحلف لهم
ان اطلقوه لم يخرج الى دار الاسلام فقتله فيه وجهان احدهما انها يمين اكراه
والثاني انها يمين اختيار

باب الانفال

اذا قال الامير من دلني على القلعة الفلانية فله منها جارية فلم يفتح القلعة
فلا شي له ومن اصحابنا من قال يرضخ له والمذهب الاول فان فتحت القلعة
والجارية قد ماتت قبل الفتح ففيه قولان احدهما ان له قيمتها والثاني انه
لا شي له ذكر صاحب الحاوي ان عندي ان الاولى من اطلاق هذين
القولين ان ينظر فان كان موتها بعد القدرة على تسليمها استحق قيمتها وان كان

قبل القدرة على تسليمها فلا قيمة له ويجوز ان يكون اطلاق الشافعي رحمه الله محمولا
على هذا التفصيل فان فتحت القلعة صلحا ودخلت الجارية في الصلح
ففيه وجهان احدهما وهو قول ابي اسحق ان الجارية للدليل وشرطها
في الصلح لا يصح والثاني ان شرطها في الصلح صحيح فان لم يفتح القلعة
وانصرفوا عنها فلا شي للدليل وان عادوا اليها وفتحوها ففي استحقاق الدليل
ما شرط له وجهان اذا قال الامير قبل الحرب من اخذ شيئا فهو له فقد
اومى فيه الى قولين احدهما انه يصح الشرط وهو قول ابي حنيفة والثاني
وهو الاصح انه لا يصح الشرط

باب قسمة الغنيمة والفي

الغنيمة ما اخذ من الكفار بايجاف الخيل والركاب فان كان فيها
سلب كان للقاتل ثم يفرد الخمس من الغنيمة ويقسم الاربعة اخماس
بين الغانمين فان كان في الغنيمة اراضي قسمت بين الغانمين وروي عن عمر و
وعلي رضي الله عنهما انهما قالا الامام مخير بين قسمتها وبين وقفها وبه
قال الثوري وعبد الله بن المبارك وقال ابو حنيفة هو مخير بين ثلثة اشيا
بين قسمتها او وقفها او يقر اهلها عليها ويضرب عليهم الخراج ولا
يسقط هذا الخراج بالاسلام وقال مالك يصير الارض وقفا على
المسلمين بنفس الاغتنام فان كان الغانمون فرسانا ورجالة جعل لكل
فارس ثلثة اسهم وللراجل سهم وقال ابو حنيفة للفارس سهمان
وللراجل سهم وخالفه صاحباه فان حضر بفرس اعجف فقد قال في الام قيل
لا يسهم له وقيل يسهم فمن اصحابنا من قال فيه قولان احدهما لا يسهم له

والثاني يسهم له وقال ابو اسحق ان امكن القتال عليه اسهم له وان لم يمكن
القتال لم يسهم له وهذا اقيس ويسهم للبرذون والمقرف والهجين
وبه قال مالك وابو حنيفة وقال الاوزاعي لا يسهم للبرذون ويسهم
للهجين سهم واحد وقال احمد يسهم لما عدا العربي سهم واحد وعن
ابي يوسف روايتان احديهما مثل قولنا والاخرى مثل قول احمد ومن حضر
بفرسين لم يسهم الا لواحد وهو قول مالك وابي حنيفة وقال احمد
يسهم لفرسين وان غصب فرسا وحضر به الحرب اسهم للفرس
وفي مستحق السهم بسببه وجهان احدهما انه له والثاني لصاحب الفرس
وهو قول احمد بنا على القولين في ربح الدراهم المغصوبة وان حضر بفرس فغار الفرس
الى ان انقضت الحرب ثم ظفر به لم يسهم له ومن اصحابنا من قال يسهم له ومن
اصحابنا من قال يسهم له وهو قول ابي حنيفة والمذهب الاول ويرضخ للصبي
والمراة والمشرك ولا يسهم لهم وحكي عن الاوزاعي انه قال يسهم للنسا
والصبيان والمشركين وقال مالك يسهم للصبي المراهق اذا طاق القتال
ومن اين يكون الرضخ فيه ثلثة اقوال احدها انه يكون من اصل الغنيمة والثاني
انه من اربعة اخماس الغنيمة والثالث انه من خمس الخمس فان انفرد
النسا والصبيان والعبيد فدخلوا دار الحرب وغنموا مالا فقد حكي عن
ابي اسحق انه قال يخمس ويقسم الامام الباقي بينهم على ما يراه من المفاضلة
كما يقسم الرضخ وقيل يرضخ لهم منه ويرد الباقي الى بيت المال وقيل يقسم للراجل
سهما وللفارس ثلثة بعد اخراج الخمس قال القاضي ابو الطيب رحمه الله

والاول اصح اذا غنم اهل الكتاب المشركين قال ابو اسحق ان لم يكن قد اذن
لهم الامام في الدخول الى دار الحرب ففيه وجهان احدهما ينزع منهم ويرضخ
لهم والثاني انهم يقرون عليه وحكى الداركي عن الشافعي رحمه الله انه نص
انه يقر في ايديهم ولا يخمس وان حضر اجير في اجارة مقدرة بالزمان
ففيه ثلثة اقوال احدها انه يرضخ له مع الاجرة والثاني انه يخير
بين السهم والاجرة فان اختار الاجرة رضخ له معها وان اختار السهم
سقطت الاجرة وفي تجار الجيش قولان احدهما يسهم لهم والثاني لا يسهم
لهم واختلف اصحابنا في موضع القولين فمنهم من قال القولان اذا حضروا
ولم يقاتلوا فاما اذا قاتلوا فانه يسهم لهم قولا واحدا ومنهم من قال القولان
فيه اذا قاتلوا فاما اذا لم يقاتلوا فانه لا يسهم لهم قولا واحدا اذا افلت
اسير من ايدي الكفار وحضر الوقعة ولم يقاتل فهل يسهم له فيه قولان
احدهما يسهم له وهو قول ابي حنيفة والثاني لا يسهم له اذا لحق بالجيش
مدد بعد انقضا الحرب وقبل حيازة الغنيمة فهل يشاركون الغانمين في
الغنيمة فيه قولان احدهما انه لا يسهم لهم والثاني يسهم لهم اذا بعث
الامام جاسوسا الى المشركين لينظر عددهم وتقتل وينقل اخبارهم
فغنم الجيش قبل رجوعه ثم رجع اليهم فهل يسهم له فيه وجهان احدهما
لا يسهم له والثاني انه يسهم له وهو قول الداركي اذا بعث امير الجيش
سريتين الى جهتين مختلفتين شاركتا الجيش فيما غنمه وشاركهما الجيش
فيما يغنمان وهل يشارك احديهما الاخرى فيه وجهان اصحهما انه يشاركها

فيما تغنمه تجوز قسمة الغنيمة في دار الحرب وقال ابو حنيفة لا تجوز فان قسمه
صحت القسمة وقال مالك تعجل قسمة الاموال في دار الحرب ويؤخر قسمة
السبي الى دار الاسلام **فصل** يقسم الخمس على خمسة
اسهم سهم لرسول الله وسهم لذوي القربى وسهم لليتامى وسهم
للمساكين وسهم لابن السبيل وقال ابو حنيفة سهم رسول الله سقط بموته
ومن اصحابنا من يقول سهم ذوي القربى قد سقط ايضا بموته صلى الله
عليه وسلم فيقسم الخمس على ثلثة اسهم ومنهم من يقول سهم ذوي
القربى للفقرا منهم فسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم يصرف في المصالح
يبدا بالاهم فالاهم وحكى الشافعي رحمه الله عن بعض اهل العلم انه يرد على
على بقية الاصناف وحكى ابن المنذر مذهبا ثالثا انه يكون للائمة بعده
ويشترك في سهم ذوي القربى الرجال والنسا والغني والفقير ويجعل
للذكر مثل حظ الانثيين وقال المزني وابو ثور يسوى بين الذكر والانثى
ويدفع الى القاصي والداني وقال ابو اسحق يدفع ما في كل اقليم الى من فيه
منهم والمذهب الاول وقال مالك يفرقه الخمس الى الامام يصرفه فيما شا
وسهم اليتامى لكل صغير فقير لا اب له ومن اصحابنا من قال للغني فيه حق
والمذهب الاول ولا يدفع شي من الخمس الى الكافر **فصل**
في قسم الفيء الفيء هو المال الماخوذ من الكفار من غير قتال مما جلوا عنه خوفا
او اخذ منهم للكف عنهم فانه يخمس فاما ما اخذ منهم من غير خوف كالجزية وعشور
التجارة ومال من مات منهم ولا وارث له فهل يخمس فيه قولان اصحهما وهو قوله

الجديد انه تخمس وقال في القديم لا تخمس وهو قول مالك وهذا الخمس يصرف
الى من يصرف اليه خمس الغنيمة وقال ابو حنيفة لا تخمس الفي ويصرف جميعه
مصرف خمس الغنيمة واما اربعة اخماسه فقد كانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم
واختلف قول الشافعي رحمه الله عليه فيما يفعل بها بعد موته احد القولين انها تصرف
الى المصالح فيبدا بالاهم فالاهم كسد الثغور وارزاق المقاتلة وفي قدر العطية
من الاربعة الاخماس قولان احدهما انه يعطى الكفاية والثاني انه يجوز ان يعطى
زيادة عليها فان مات مجاهد وله ولد صغير او زوجة ففيه قولان احدهما
انه يعطى والثاني لا يعطى وان كان في الفي ارضين كان خمسها لاهل الخمس فاما
اربعة اخماسها فيكون وقفا ومن اصحابنا من قال هذا على القول
الذي نقول انها للمصالح والمصلحة للاراضي ان يكون موقوفة فيصرف غلتها
الى المصالح واذا قلنا انها للمقاتلة وجب قسمتها بين اهل الفي ومن اصحابنا من
قال يكون وقفا قولا واحدا فان قلنا انها للمصالح صرفت غلتها في المصالح
وان قلنا انها للمقاتلة صرفت غلتها الى المقاتلة ه

باب الجزية

لا يجوز اخذ الجزية ممن لا كتاب له ولا شبهة كتاب كعبدة الاوثان وقال ابو
حنيفة يوخذ الجزية من جميع الكفار الا عبدة الاوثان وقال مالك لا يوخذ
من كفار قريش خاصة وابو يوسف يقول لا يوخذ من عربي جزية وانما يوخذ من
العجم ويوخذ الجزية من المجوس واختلف قول الشافعي رحمه الله هل كان لهم
كتاب على قولين احدهما انه لم يكن لهم كتاب والثاني انه كان لهم كتاب اذا دخل

وثني في دين اهل الكتاب بعد النسخ لم يوخذ منه الجزية وقال المزني يوخذ منه
فاما من امن بصحف ابراهيم وزبور داود فهل يوخذ منه الجزية فيه وجهان
احدهما وهو قول ابي اسحق المروزي انهم يقرون ببذل الجزية والثاني انهم
لا يقرون واما السامرة والصابيون ففيهم وجهان احدهما انه يوخذ منهم
الجزية والثاني انه لا يوخذ منهم واقل الجزية دينار وقال ابو حنيفة على
الغني ثمانية واربعون درهما من صرف اثني عشر درهما بدينار فيكون اربعة دنانير
وعلى المتوسط اربعة وعشرون درهما ايضا وعلى الفقير المعتمل اثنا عشر
درهما وبه قال احمد وقال مالك هي مقدرة في حق الغني باربعين درهما
او اربعة دنانير وفي حق الفقير بعشرة دراهم او دينار وقال الثوري ليست
مقدرة الاقل والاكثر وانما ذلك الى راي الامام وقد روي ذلك ايضا عن
احمد واما الفقير الذي لا كسب له فهل يجوز عقد الذمة فيه قولان احدهما
وهو الذي نص عليه في سائر كتبه انه تجب عليه الجزية والثاني انه لا جزية
عليه حتى يستغني ويكون في الذمة تبعا لاهل المكنة وبه قال احمد فان
قلنا عليه الجزية فحال الحول ففيه وجهان احدهما انها تكون في ذمته حتى
يوسر والثاني انا لا نقره الا باعطا الجزية فان لم يحصل والا رد الى دار
الحرب فان كان في حصن نسا لا رجل معهن وطلبن عقد الذمة فيه وجهان احدهما
انه لا يعقد لهن الذمة بل يحاصرن الى ان يوخذن والوجه الثاني انه يعقد لهن
الذمة على ان يلتزمن احكام الاسلام بغير جزية وذكر في الحاوي في لزوم الجزية
لهن بدلهن على هذا القول وجهين اشار اليهما ابن ابي هريرة احدهما انه يلزمهن

ذلك ويجوز ان تشترط عليهم ضيافة من يمر بهم من المسلمين ويكون زيادة على
الدينار وان جعلت الضيافة هي الجزية من غير دينار ففيه وجهان احدهما وهو
قول ابي اسحق وابي هريرة وجمهور البغداديين انه لا يجوز وهو قول كثير من
البصريين انه يجوز اذا امتنعوا من بذل الدينار معها فعلى هذا يجب ان يكونوا
عدد من يضيفونه معلوما وان تاخرت الضيافة اخذ منهم قيمتها وما يوخذ
من نصارى العرب باسم الصدقة لا يوخذ من نسائهم وقال ابو حنيفة يوخذ من
النسا والرجال واختلف اصحابنا في هذا العقد على ثلثة اوجه احدها انه يجوز حملهم
عليه سوا بلغ الماخوذ باسم الصدقة دينارا او لم يبلغ والثاني انه يجوز ان يصالحوا
على هذا اذا علم من ذوي الاموال انه يفي بدينار من كل راس منهم وان كان
لا يفي عن كل راس لم يجز والثالث وهو الظاهر من مذهب الشافعي رحمه
الله انه يجوز حملهم عليه اذا بلغ عن كل واحد دينار فان نقص عن دينار اخذ
منه تمام الدينار ويعتبر النصاب في الجزية المضاعفة وفي اعتبار زمانه
وجهان احدهما انه يعتبر النصاب في جميع الحول والثاني انه يعتبر في اخذه
فان رضي من امتنع من بذل الجزية باسم الجزية ليترك التضعيف اجيب الى
ذلك في اصح الوجهين والثاني لا يجاب اليه ذكره في الحاوي انه اصح فاما
اذا كان احد الابوين كتابيا والاخر وثنيا فحكمه حكم المناكحة وحكي
في الحاوي فيه اربعة وجوه احدها انه يكون في دينه ملحقا بابيه كالنسب
والثاني يكون ملحقا بامه دون ابيه كالرق والثالث انه يلحق باحسنهما
دينا كما يلحق بالمسلمين والرابع انه يلحق باغلظهما كفرا وتجب الجزية في اخر الحول

وقال ابو حنيفة يوخذ في اوله فان مات او اسلم بعد مضي الحول لم يسقط الجزية وان
مات في اثنا الحول فهل يسقط فيه قولان اصحهما انه تجب جزية ما مضى وبه قال
مالك في الموت وخالف في الاسلام وقال ابو حنيفة يسقط الجزية بالموت
والاسلام وان كان بعد مضي الحول ومن نصفه حر ونصفه رقيق تجب عليه
الجزية وقيل فيه وجه اخر انه يوخذ منه بقدر ما فيه من الجزية وان اعتق
العبد استونف له عقد الذمة في اصح الوجهين والثاني انه يكون جزيته
جزية مولاه وحكي فيه وجه ثالث انه يلزمه جزية عصبته ان كان له عصبة
وان بلغ صبي استونف له عقد الذمة في احد الوجهين وعلى الوجه الاخر وهو
الذي هو ظاهر كلام الشافعي رحمه الله انه يلزمه جزية ابيه وهل يمنع اهل
الذمة من لبس الديباج فيه وجهان احدهما انهم لا يمنعون والثاني انهم يمنعون
ولا يمنعون من لبس الطيالسة والعمايم وقال ابو حنيفة واحمد يمنعون من ذلك
فان كانوا في قرية ينفردون بها لم يتعرض لهم في خمورهم وخنازيرهم وهل
يمنعون من ركوب الخيل فيه وجهان ويمنعون من العلو على المسلمين
في البنا وهل يمنعون من المساواة فيه وجهان احدهما يمنعون والثاني لا يمنعون
وقال ابو حنيفة لا يمنعون وقال ابو حنيفة لا يمنعون من التعلية
بحال وهل يمنعون من العلو في محله ينفردون بها عن البلد فيه وجهان احدهما
ان لهم ان يعلوا فان عادوا مساكنهم بعد انهدامها فيه وجهان احدهما انهم يصيرون
كالمستانفين لبناهم فيمنعون من الاستعلا بها على المسلمين والثاني انهم لا يمنعون
من اعادتها الى ما كانت عليه وهذا على الوجه الذي نقول انهم لا يمنعون من اعاده

بيعهم اذا استهدمت فان فتح البلد عنوة او صلحا ولم يشترط لهم البيع والكنائس
فهل يقرون على الكنائس والبيع فيه وجهان احدهما يقرون عليها
والثاني لا يقرون وما اقروا عليه او انهدم فارادوا اعادته فيه وجهان احدهما
انهم لا يمكنون من تجديده والثاني انهم يمكنون منه قال صاحب الحاوي
والصحيح عندي من اطلاق هذين الوجهين ان ينظر في خرابها فان صارت
دارسة مستطرقة منعوا من بنائها وان كانت شعثة جاز لهم بناؤها وان ارادوا
ان يتفقوا في ابنيتهم باخراج الاجنحة والرواشن الى الطرق السابلة فيه
وجهان احدهما انهم لا يمنعون كالمسلمين والثاني انهم يمنعون فاما اذا بنوا بنا
السكنة بنوا السبيل منهم لكل مار ومختار فلا يشاركهم المسلمون فيه ففيه
وجهان احدهما انه يجوز كما لو شاركهم المسلمون فيه والثاني انه لا يجوز ان يمكنوا
منه كما لا يمكنون من بنا الكنائس والبيع فان تحاكم ذميان الى حاكم المسلمين
وكانا من اهل دين واحد فهل يلزمه الحكم بينهما فيه قولان احدهما انه لا يلزمه
والثاني انه يلزمه وهو اختيار المزني وان ارتفع اليه يهودي ونصراني
ففيه طريقان احدهما انه على القولين والثاني انه يلزمه الحكم بينهما قولا
واحدا وهو قول ابي علي بن ابي هريرة واختلف اصحابنا في موضع القولين ومنهم
من قال القولان في حقوق الله وحقوق الادميين ومنهم من قال القولان
في حقوق الادميين فاما حقوق الله تعالى فيجب الحكم فيها قولا واحدا ومنهم
من قال القولان في حقوق الله فاما حقوق الادميين فيجب الحكم فيها قولا واحدا
فان قلد الامام واحدا من اهل الذمة والحكم بينهم لم يلزم حكمه وكان كالمتوسط

بينهم وقال ابو حنيفة ينفذ حكمه عليهم ذكره في الحاوي فان تظاهر اهل
الذمة بالمنكرات كنكاح ذوات المحارم وابتياع الخمور والخنازير فانهم
يمنعون ويعزرون عليه وفي فسخ عقودهم عليها اذا لم يتحاكموا الينا وجهان
احدهما انه يفسخ عليهم والثاني انه لا يفسخ فان قارض ذميا كره له فان صرفه
في محظور من اثمان خمر او خنزير ولم يصرح له بالنهي عنه ففي ضمانه وجهان
احدهما انه يضمنه والثاني لا يضمنه لجوازه في دين عاقده فان تزوجها على مهر
فاسد وتقابضا على حكم حاكمهم ثم ترافعا الينا ففيه قولان احدهما انهما
يقران عليه والثاني انه تجب لها مهر المثل اذا امتنع الذمي من التزام احكام
الاسلام او بذل الجزية انتقض عهده وان فعل ما سوى ذلك مما فيه اضرار
بالمسلمين وهو ستة اشيا ان يزني بمسلمة او يصيبها باسم نكاح او يفتن
مسلما عن دينه او يقطع عليهم الطريق او يؤوي للكفار عينا او يدل على
عورات المسلمين فاضاف اليه اصحابنا ان يقتل مسلما فان شرط عليهم
في عقد الذمة الكف عن ذلك فهل ينتقض ذمتهم بذلك فيه وجهان
احدهما انه ينتقض عهده والثاني انه لا ينتقض وان ذكر الله عز وجل
او ذكر كتاب الله او رسوله صلى الله عليه وسلم او ذكر دينه
بما لا ينبغي فقد اختلف اصحابنا فقال ابو اسحق حكمه حكم الثلث
وهي الامتناع من احكام الجزية او التزام احكام الاسلام او الاجتماع
على قتال المسلمين وقال عامة اصحابنا حكمه حكم ما فيه ضرر
بالمسلمين وهي الاشيا السبعة ان شرط الكف عليها فعلى الوجهين

ومن اصحابنا من قال من سب رسول الله صلى الله عليه وسلم وجب قتله اذا فعل
ما ينتقض به العهد ففيه قولان احدهما انه يرد الى مامنه والثاني
وهو الاصح انه لا يجب رده الى مامنه وهل ينتقض الامان في ذراريهم
ونسائهم فيه وجهان اظهرهما انه لا يبطل لا يجوز للمشرك دخول
الحرم بحال وقال ابو حنيفة يجوز لهم ان يدخلوه ويقيموا فيه مقام
المسافر ولا يستوطنوه ويجوز ايضا لهم عنده دخول الكعبة عنده
ولا يجوز تمكين المشرك من الاقامة في الحجاز والحجاز مكة والمدينة
واليمامة ومخاليفها ويؤذن لمن دخل منهم باخر اذن يقيم ثلثة ايام
في موضع ثم ينتقل الى موضع اخر ولا يجوز الا باذن الامام ولا ياذن
له الامام الا ان يكون مصلحة للمسلمين وان كان في تجارة لا يحتاج
اليها يشرط عليهم ان ياخذ من تجارتهم شيئا ولا يمكن الحربي من
دخول دار الاسلام بغير اذن الامام فان دخل بغير اذن الامام فسيل
عن ذلك فقال امنني مسلم ففيه وجهان احدهما انه يقبل قوله
والثاني انه لا يقبل بغير بينة فان استاذن في الدخول الى دار الاسلام
في تجارة لا حاجة للمسلمين اليها كالبز والعطر وغير ذلك لم ياذن له
الا بعوض يشترطه عليهم ويستحب ان يشترط عليهم عشر اموالهم
فان راى ان يشترط عليهم اقل او اكثر جاز وان اذن لهم في الدخول
مطلقا ولم يشترط عوضا فمن اصحابنا من قال لا يجوز ان يطالبهم بعوض
ومنهم من قال يوخذ منهم العشر وقال ابو حنيفة ينظر الامام فان

كانوا لا ياخذون من المسلمين اذا دخلوا اليهم العشر لم يوخذ منهم العشر
وان كانوا يعشرون اموال المسلمين عشر ولهم وحكم الذمي في دخول
الحجاز حكم الحربي في دخول دار الاسلام واما ما سوى المسجد الحرام
من المساجد فلا يجوز للمشرك دخولها من غير اذن وبالاذن لا يجوز الا
لسماع علم او قران فاما النوم والاكل فلا يجوز وقال احمد لا يجوز
له دخولها بحال فان كان المشرك جنبا فهل يجوز له دخول المسجد
بالاذن فيه وجهان احدهما يجوز والثاني لا يجوز وما يوخذ من الحربي
في دخول دار الاسلام فيه وجهان احدهما انه يوخذ في كل سنة مرة
كما يوخذ من الذمي في دخول الحجاز والثاني انه يوخذ منه في كل مرة يدخل

باب الهدنة

لا يجوز عقد الذمة الا ان يكون فيها مصلحة للمسلمين ويجوز اربعة
اشهر ولا يجوز سنة وهل يجوز فيما بين ذلك فيه قولان احدهما انه
لا يجوز والثاني يجوز اذا كان الامام مستظهرا ذكر في الحاوي انه يجوز
ان يعقد الامام لماله مويد وفي الامان لذريته وجهان احدهما انهم كما له
فاما اذا كان الامام غير مستظهر بان يكون في المسلمين ضعف وفي
المشركين قوة وكثرة فانه يجوز الهدنة مدة يدعوا اليها الحاجة والى اكثرها
عشر سنين فان عقد على ما زاد على ما يدعوا اليه الحاجة بطل فيما زاد وفي
القدر الذي يدعوا اليه الحاجة قولان وقال اصحاب ابي حنيفة واحمد يجوز
الهدنة زيادة على عشر سنين على ما يراه الامام اذا اشترط الامام

في الهدنة رد النسا اذا جين مسلمات لم يصح وان كانت الهدنة مطلقة فجات امراة حرة بالغة عاقلة مسلمة مهاجرة الى بلد فيهم الامام او نايب الامام ولها زوج مقيم على الشرك او جات كافرة ثم اسلمت وجا زوجها في طلبها لم يسلم اليه وهل يرد عليه مهرها الذي يسلمه اليها فيه قولان احدهما يجب ذلك والثاني وهو الاصح انه لا يجب ذلك وهو اختيار المزني وان جا زوجها في طلبها وهي صغيرة فهل يرد عليها مهرها فيه قولان فان جات امة منهم مسلمة فقد صارت حرة وهل يرد قيمتها على سيدها فيه قولان والصحيح ان لا يرد قيمتها قولا واحدا ذكره القاضي ابو الطيب رحمه الله وان سرق المهادن من مسلم مالا فهل يجب عليه القطع فيه قولان احدهما لا يجب والثاني يجب فان اطلق اهل الحرب اسيرا من المسلمين على ان يحمله اليهم لم يلزمه الفدا ولا العود وان شرط عليه العود عند عدم الفدا لا يلزم وشرط العود باطل فان اكره على ابتياع شي على ان يودي اليهم ثمنه من دار الاسلام بطل العقد ويجب عليه رد المال وفيما يجب رده وجهان احدهما انه يلزمه رد ما ابتاع وهو ظاهر مذهب الشافعي رحمه الله وقال ابو علي بن ابي هريرة هو مخير بين رد الثمن وبين رد المبيع فان دخل حربي الى دار الاسلام بامان في تجارة او رسالة ثبت الامان له في نفسه وماله فان رجع الى دار الحرب بنية المقام وترك ماله في دار الاسلام انتقض الامان في نفسه ولم ينتقض في ماله فان قتل او مات انتقل الى وارثه وهل يغنم ام

لا فيه قولان احدهما يغنم وينتقل الى بيت المال فيا والثاني يرد الى ورثته وهو اختيار المزني فاما اذا مات في دار الاسلام فقد قال الشافعي رحمه الله في سير الواقدي انه يرد الى وارثه ثم من اصحابنا من قال ايضا هي على قولين كالتي قبلها ونص الشافعي رحمه الله على احد القولين ومنهم من قال يرد الى ارثه قولا واحدا وان اسر واسترق زال ملكه عن ماله وهل يغنم فيه قولان احدهما يكون فيا لبيت المال والقول الثاني انه موقوف فان مات على الرق ففي ماله قولان حكاهما ابو علي بن ابي هريرة احدهما انه يغنم فيا والثاني انه لوارثه وان دخل الحربي دار الحرب وله مكاتب في دار الاسلام ومات هناك ففيه قولان احدهما ان وارثه يقوم مقامه في استيفا مال الكتابة والثاني انه يصير مغنوما فيستوفي نجومه لبيت المال مكية فيجب صلحا على مذهب الشافعي رحمه الله وقال ابو حنيفة ومالك فتحت عنوة

باب خراج السواد

ارض السواد ما بين عبادان الى الموصل طولا وما بين القادسية الى حلوان عرضا واختلف اصحابنا فيما فعل بها عمر رضي الله عنه فقال ابو العباس وابو اسحق باعها من اهلها وما يوخذ من الخراج ثمن وقال ابو سعيد الاصطخري وقفها على المسلمين فلا يجوز بيعها ولا هبتها ولا رهنها وانما ينتقل من يد الى يد وما يوخذ من الخراج اجرة فعلى هذا هل يدخل المنازل في الوقف فيه وجهان احدهما ان الجميع وقف والثاني انه لا يدخل في الوقف غير المزارع واما الثمار فهل يجوز لمن هي في يده الانتفاع بها فيه وجهان احدهما

انه لا يجوز وعلى الامام ان ياخذها ويبيعها ويصرف ثمنها في مصلحة المسلمين
والثاني انه يجوز لمن في يده الارض الانتفاع بثمرتها ويوخذ من كل جريب
شعير درهما ومن كل جريب حنطة اربعة دراهم ومن كل جريب شجر
وقصب وهو الرطبة ستة دراهم واختلف اصحابنا في خراج النخل والكرم
فمنهم من قال يوخذ من كل جريب نخل عشرة دراهم ومن كل جريب
كرم ثمانية ومنهم من قال بل على جريب الكرم عشرة وعلى جريب
النخل ثمانية وخالف ابو حنيفة في قدر الخراج في الحنطة والشعير فانه
قال يوخذ من الحنطة قفيز ودرهم وقال احمد يوخذ من كل
واحد منهما قفيز ودرهم وقد اختلف الرواية في ذلك في ارض السواد
قال صاحب الحاوي الجميع صحيح وانما اختلف لاختلاف النواحي فوضع على
بعضها قفيز ودرهم وهو ما كان غالب زرعه برا او شعيرا الاربعة عن
البر والدرهمين عن الشعير فيما كان اقل زرعه برا او شعيرا الان ما قل في ناحيته
علا وما كثر فيها رخص فيزيد في خراج الغالي وينقص من خراج الرخيص
اذا حاصر الامام بلدا وارادوا الصلح على ان يكون البلد لهم وكانوا من اهل
الكتاب جاز له ان يصالحهم بثلث شروط احدها ان يبذلوا الجزية
والثاني ان تجري عليهم احكام الاسلام والثالث ان لا يجتمعوا مع مشرك على
قتال المسلمين واقل ما يوخذ منهم ان يكون على كل حالم دينار ويجوز
يضرب ذلك على روسهم او على اراضيهم او عليهما جميعا وقال ابو حنيفة يجوز
ان يضرب عليهم الجزية عن روسهم والخراج على اراضيهم واذا اسلم

واحد منهم سقط عنه ما ضرب عليه وان كان على الارض باسم الخراج وقال
ابو حنيفة لا يسقط الخراج بخراج ارض السواد فان باع هذه الارض من مسلم
صح البيع وبه قال ابو حنيفة وقال مالك لا يصح البيع ٥ ٥ ٥

كتاب الحدود

اذا زنى وهو محصن وجب عليه الرجم ولا يضم اليه الجلد وبه قال عمر وهو قول
النخعي والزهري ومالك والاوزاعي والثوري وابو حنيفة وابو ثور وقال
احمد وداود يجلد مائة ويرجم واختاره ابن المنذر والمحصن الذي يرجم هو ان يكون
بالغا عاقلا حرا وطئ في نكاح صحيح فان كان مملوكا لم يرجم وقال ابو ثور
اذا احصن بالزوجية رجم ومن اصحابنا من قال الاحصان هو الوطئ في النكاح
الصحيح وبقية الشروط من شروط وجوب الرجم دون احصان فعلى
هذا قول القائل لو وطئ وهو عبد ثم اعتق ثم زنى وجب عليه الرجم
وكذلك المجنون والصبي اذا وطئا في حال النقصان وزنيا في حال الكمال
وعلى ظاهر المذهب لا يجب وهل يعتبر كمال الموطوءة ايضا حال الوطئ
في احصان الواطئ وكمال الواطئ في احصان الموطوءة ذكر الشيخ ابو حامد
ان الموطوءة اذا كانت امة والواطئ حرا بالغا عاقلا صار محصنا قولا واحدا
وكذا اذا وطئ العبد حرة بالنكاح صارت محصنة دونه وان كان احدهما
غير بالغ ففيه قولان احدهما قاله في الام ان الكامل منهما يكون محصنا
وقال في الاملا لا يكون في واحد منهما محصنا والقاضي ابو الطيب لم يفصل بين

الصغير والرق في القولين كاملين وقال مالك اذا بان ان احدهما كاملا صار الاخر
محصنا الا الصبي يطا الكبيرة فانها لا تصير محصنة ولو وطي الكبيرة صغيرة
يوطا مثلها صار محصنا وليس من شرط احصان الرجم الاسلام وقال ابو حنيفه
ومالك من شرطه الاسلام فلا يجب على الذمي الرجم اذا زنى فان زنى مجنون
بعاقلة وجب عليها الحد دونه وبه قال مالك وابو حنيفه لا يجب الحد على
واحد منهما المحصن اذا ارتد ثم عاد الى الاسلام فهو على احصانه وقال ابو حنيفه
يبطل احصانه بالردة ان كان الزاني بكرا جلد مائة وغرب عاما اذا كان
حرا وهو قول الايمة الاربعة وهو قول احمد وقال ابو حنيفه يجلد مائة
والتغريب تعزير ويجب على العبد خمسون جلده وقال بعض اهل الظاهر
يجب عليه الرجم اذا تزوج ووطي فهل فيه قولان احدهما لا يغرب والثاني انه
يغرب سنة والثاني نصف سنة وقال مالك المراة لا تغرب فان زنى
وهو بكر فلم يحد حتى احصن وزنا ثانيا ففيه وجهان احدهما انه يرجم ويدخل
فيه الجلد والثاني انه يجلد ويرجم فان اكره الرجل على الزنى ففي وجوب
الحد عليه وجهان احدهما انه لا حد عليه والثاني يجب عليه وهو قول ابي حنيفه
اذا وطي المرتهن الجارية المرهونة باذن الراهن وادعى الجهالة بالتحريم ففيه
وجهان احدهما انه لا يقبل دعواه الا ان يكون قريب عهد بالاسلام ويكون
قد نشا في موضع بعيد من المسلمين والثاني انه يقبل قوله وان وجد امراة
على فراشه وظنها زوجته او امته فوطيها لم يجب عليه الحد وقال ابو حنيفه
يجب عليه الحد اذا اقر انه زنى بها وانكرت المراة وجب عليه الحد دونها وقال

ابو حنيفه يسقط الحد عنهما فان استاجر امراة ليزني بها فزنى بها وجب عليه الحد وكذلك
اذا تزوج ذات رحم محرم ووطيها وهو يعتقد تحريمها وجب عليه الحد وقال
ابو حنيفه لا حد عليه في الموضعين جميعا واللواط يوجب الحد وفي حده قولان
احدهما وهو المشهور انه يجب فيه ما يجب في الزنا وهو قول ابي يوسف ومحمد
والقول الثاني انه يجب فيه قتل الفاعل والمفعول به وكيف يقتل
فيه وجهان احدهما انه يقتل بالسيف والثاني انه يرجم ثيبا او بكرا
وهو قول مالك واحمد وقال ابو حنيفه لا حد فيه ويجب التعزير وفي وطي
البهيمة ثلثة اقوال احدها انه يجب فيه القتل رجما ثيبا كان او بكرا
والثاني انه بمنزلة الزنى والثالث انه يجب فيه التعزير وهو قول
ابي حنيفه واما البهيمة فمن اصحابنا من قال يجب قتلها ومنهم من قال
لا يجب قتلها ومنهم من قال ان كانت البهيمة ما يوكل ذبحت
وان كانت مما لا يوكل لم يذبح فان قلنا انها تقتل وكانت مما يوكل
ففي اكلها اذا ذبحت وجهان احدهما يحرم اكلها والثاني يحل فان كانت
البهيمة لغيره وجب عليه ضمانها ان كانت مما لا يوكل وضمان ما
نقص ان كانت مما يوكل وان وطي امراة ميتة ففي وجوب الحد
عليه الحد والثاني لا يجب ويحرم الاستمنا وقال احمد لا يحرم عند خوف
العنت

باب اقامة الحد

لا يقيم الحد على الحر الا الامام او من فوض اليه الامام ذلك ولا يلزمه
ان يحضر اقامة الحد ولا ان يبتدي بالرجم وبه قال مالك وقال ابو حنيفه

ان ثبت عليه الزنا بالبينة وجب على الشهود ان يبدوا بالرمي ثم الامام ثم الناس
وان كان قد ثبت باعترافه بدا الامام ثم الناس وان ثبت الحد على عبد باقراره
والمولى حر مكلف ملك اقامة الحد عليه في الزنا والقذف والشرب
وقال ابو حنيفة لا يملك اقامته عليه وحكى في الحاوي عن مالك انه قال
لا يجوز ان يتولى اقامة الحد على امته اذا كانت ذات زوج ويجوز ان يتولاه في
العبد بكل حال ويملك ان يغربه في اصح الوجهين والثاني انه لا يغربه
الا الامام وان ثبت عليه الحد بالبينة ملك اقامة الحد بها في ظاهر المذهب
وفي القطع في السرقة وجهان فالمنصوص انه يملك اقامته وهل
يملك المراة اقامة الحد على عبدها فيه وجهان احدهما تقيمه وليها
والثاني يقيمه السلطان وان كان المولى مكاتبا ففيه وجهان فان اقيم
الحد في شدة حر او برد فتلف المحدود فقد قال لا ضمان عليه وقال
في الامام اذا ختن في شدة حر او برد فتلف وجب على عاقلته الدية فمن
اصحابنا من جعلهما على قولين احدهما لا يجب والثاني يجب ومنهم من قال
يجب الضمان في الختان ولا يجب في الحد فاذا قلنا يضمن ففي القدر الذي
يضمن وجهان احدهما انه يضمن جميع الدية والثاني انه يضمن الدية فاذا
وجب التغريب نفي الى مسافة تقصر فيها الصلوة فان راى ان يزيد على ذلك
جاز وحكي عن ابي علي بن ابي هريرة انه قال يغرب الى حيث ينطلق عليه اسم الغربة
وان كان الى دون مسافة القصر وفي ابتداء مدة التغريب وجهان من وقت
اخراجه من بلده والثاني من وقت حصوله في المكان الذي يغرب اليه ولا

تغرب المراة الا في صحبة ذي رحم محرم او امراة ثقة في صحبة مامونة فان
لم يوجد من يتطوع بالخروج معها استؤجر من يخرج معها ومن اين يستاجر
فيه وجهان احدهما يستاجر من مالها والثاني انه يستاجر من بيت المال
فان وجب عليه الرجم باقراره وهو مريض مرضا يرجى برؤه والزمان شديد
الحر او البرد ففيه وجهان احدهما انه لا يؤخر والثاني انه يؤخر فان
كان المرجوم رجلا لم يحفر له وان كانت امراة حفر لها وقال وحكى
الشيخ ابو حامد انه ان كان ثبت بالبينة حفر لها وان ثبت بالاقرار لم يحفر
لها فان هرب المرجوم فهل يكون هربه بمنزلة رجوعه فيه وجهان
احدهما انه يكون بمنزلة رجوعه لفظا والثاني انه لا يكون رجوعا فان
وجب الرجم على حامل فوضعت ووجد من يرضع ولم يتعين ففيه وجهان
احدهما انها لا ترجم حتى يتعين المرضعة ويسلم اليها والثاني انها ترجم في
الحال فان كان من وجب عليه الجلد في الزنى مريضا مرضا لا يرجى برؤه
فانه يقام عليه الحد باطراف الثياب واثكال النخل فيوجد مائة شمراخ
فيضرب بها دفعة واحدة وقال مالك لا يجوز ذلك ويضرب بالسوط
مائة وان لم يمكن اخر وقال ابو حنيفة تجمع الاسواط ويضرب بها مرة
واحدة وذكر في الحاوي في المريض وفي الحر المفرط والبرد المفرط
ثلثة اوجه في تعجيل رجمه حكاها ابو علي بن ابي هريرة احدها وهو المنصوص
عليه انه يعجل الرجم والثاني انه لا يعجل حتى يبرا من المرض ويعتدل الهوا
والثالث انه يؤخر ان رجم بالاقرار ولا يؤخر ان كان بالبينة فان سرق

النضو الخالق وعلم ان القطع قاتله ففيه وجهان احدهما انه يسقط عنه
القطع في السرقة كما سقط عنه الجلد في الزنى والثاني انه يقطع اذا
شهد اربعة على رجل بالزنا وهو محصن فصدقهم رجمناه وقال ابو حنيفه
لا نرجمه الان بتكذيبهم اذا استدخلت المراة ذكر نايم وجب عليها الجد
وقال ابو حنيفه لا حد عليها كما لو مكنت مجنونا من نفسها اذا اقر
الاخرس بالزنى بالاشارة المفهومة وجب عليه الحد وقال ابو حنيفه
لا يجب اذا وجد رجل مع امراة في لحاف واحد لم يجب عليهما الحد وقال
اسحق ابن راهويه يجب عليهما الحد اذا وجد امراة حاملا ولم يعترف
بالزنا لم يجب عليها الحد فان شهد شاهدان على رجل انه زنى بامراة
مطاوعة وشهد اخران انه زنى بها مكرهة لم يجب عليها الحد وهل
يكمل البينة على الرجل فيه وجهان احدهما لا يجب عليه الحد وهو قول
ابي حنيفه والثاني يجب وهو قول ابي يوسف ومحمد يستحب للامام ان يامر
طايفة من المسلمين بحضور اقامة الحد واختلف في عدد الطايفة فروي
عن ابن عباس انه قال واحد وبه قال احمد وقال عطا اثنان وبه قال اسحق
وقال الزهري ثلثة وقال ربيعه خمسة وقال الحسن البصري عشره
وذهب الشافعي رحمه الله الى ان اقله اربعة وبه قال مالك ذات رحم محرم
كالاخت فوطيها لم يجب عليه الحد في اظهر القولين وهو قول ابي حنيفه
والثاني يجب الحد اذا شهدوا بالزنا قبلت شهادتهم وان كانوا متفرقين
اذا كان الزنا واحدا وقال ابو حنيفه ان شهدوا متفرقين في مجالس لم يثبت

الزنا وكانوا قذفه وحد المجلس عندهم ما دام الحاكم جالسا وان جلس الى اخر
النهار اذا شهدوا بالزنا بعد تطاول الزمان قبلت شهادتهم وقال ابو حنيفه
اذا شهدوا بعد تطاول الزمان لم يقبل قال ابو يوسف لم يحد ابو حنيفه
في التطاول شيا وحد ابو يوسف بشهر وقال الحسن ابن زياد حد ابو حنيفه
التطاول سنة اذا شهد اربعة بالزنا ثم ماتوا او غابوا جاز للحاكم ان يحكم
بشهادتهم ويحد المشهود عليه وقال ابو حنيفه لا يحكم بذلك

باب حد القذف

العفة شرط في احصان القذف قذف زانيا لم يجب عليه حد القذف وان
كان قد وطي وطيا محرما في نكاح مختلف فيه فهل يسقط احصانه فيه
وجهان احدهما انه لا حد عليه والثاني انه يجب عليه الحد بقذفه اذا قذف
الوالد ولده لم يجب عليه الحد وقال ابو ثور يجب عليه الحد اذا دفع الحاكم الى الحاكم
وجب عليه السوال عن احصان المقذوف ومن اصحابنا من قال لا يجب وحد القذف
ثمانون جلدة على الحر وعلى العبد اربعون وقال داود العبد كالحر وذلك اذا
قذف محصنا ثم زنى المقذوف او وطي وطيا زال به الاحصان سقط الحد عن
القاذف وقال المزني وابو ثور لا يسقط فاما اذا ارتد المقذوف فهل يسقط
الحد عن القاذف فيه وجهان احدهما يسقط والثاني لا يسقط التعريض
بالقذف ليس بقذف من غير نية وقال مالك التعريض بالقذف قذف
فان قال لرجل يا لوطي وقال اردت به انك تعمل عمل قوم لوط وجب عليه الحد ولو
قال اردت انه على دينهم لم يجب عليه حد ذكره القاضي ابو الطيب قال الشيخ ابو نصر

رحمه الله وفي هذا نظر لان هذا اللفظ ظاهر مستعمل في القذف
فلا يقبل قوله في صرفه عنه فان قال لرجل يا زانيه فهو قذف وقال ابو
حنيفه ليس بقذف فان قال زنات ولم يذكر الجبل ففيه وجهان احدهما
انه لا يكون قذفا الا بالنية وهو قول ابي يوسف ومحمد وقال ابو حنيفه
هو قذف صريح والثاني وهو قول ابي الطيب بن سلمة انه ان كان من اهل
اللغة فليس بقذف وان كان من العامة فهو قذف اذا قال لها يا زانيه
فقالت له انت ازني مني لم يكن قذفا صريحا في الجواب فان قالت
له انا ازني منك ففيه وجهان احدهما انه كناية كالجواب والثاني انه
صريح وهو قول الداركي فان قال زنا عليك او يداك او رجلك ففيه
وجهان احدهما انه قذف والثاني انه ليس بقذف وهو قول
ابي اسحق وابي علي بن ابي هريرة وفيه وجه ثالث ذكره
في الحاوي وهو قول ابي العباس انه قال زنا بدنك كان قذفا وان
قال زنى يدك او راسك لم يكن قذفا وذكر انه الصحيح اذا اتت
امراته بولد فقال هذا الولد ليس مني فقد قال الشافعي رحمه الله
لم يكن قذفا من غير نية واذا اقر بنسب ولد فقال له رجل لست
بابن فلان فهو قذف فمن اصحابنا من جعل المسلتين على قولين احدهما
انه قذف فيهما والثاني انه ليس بقذف صريح فيهما فعلى هذا
ما حكمه فيه وجهان احدهما انه يكون قذفا في الظاهر دون الباطن
اعتبارا بالاغلب والثاني انه كناية ينوي فيه ولا يحد ومنهم

من قال لا يكون قذفا الا بالنية في المسلتين وفيه طريقة ثالثة ذكرها
ابو علي بن ابي هريرة وحمل النصين على ظاهرهما وفرق
بينهما وطريقة رابعة لابي اسحق المروزي حمل الجوابين على اختلاف
حالين وسوى بينهما بحيث قال في الاب لا يكون قذفا قال اذا قاله
عند ولادته ومثله في الاجنبي وما قاله في الاجنبي وهو بعد استقرار
نسبه ومثله في الاب فان قال لعربي يا نبطي ولم يرد به نفي نسبه عن العرب
ففيه وجهان احدهما انه ليس بقذف والثاني انه يجب به الحد فان قال
لامراته استكرهت على الزنى ففيه وجهان احدهما انه يعزر والثاني
انه لا يعزر وما يجب بالقذف من حد او تعزير فهو حق لادمي يسقط
بعفوه وقال ابو حنيفه هو حق لله لا يسقط بعفوه وان كان لا يستوفي
الا بمطالبته وقال الحسن البصري هو من حقوق الله لا يسقط بالعفو
ولا يقف استيفاؤه على مطالبة الادمي به وقال ابو يوسف هو حق مشترك
لا يجب الا بمطالبته ويسقط بالعفو وقال مالك هو مشترك لا يجب
الا بمطالبته ويجوز العفو عنه قبل الترافع الى الامام ولا يجوز بعد
الترافع فان قال اقذفني فقذفه ففيه وجهان احدهما انه لا حد عليه
والثاني انه يجب عليه الحد وان مات من له الحد او التعزير انتقل الى وارثه
وفيمن يرثه ثلثة اوجه احدها انه يرثه جميع الورثة والثاني انه يرثه جميع الورثه

الا من يرث بالزوجية والثالث انه يرثه ذكور العصبات دون غيرهم
فان عفا احدهم سقط حقه ولم يسقط من الحد شي ولا ببعض وقال ابو الحسن
بن القطان حد القذف يتبعض فيسقط منه بقدر ميراثه ويستوفى غيره
بقدر ميراثه فان قذف مملوكا كان المطالبة بالتعزير له دون مولاه
فان مات المملوك ففي التعزير ثلثة اوجه احدها انه يسقط والثاني
انه للمولى والثالث انه ينتقل الى عصباته فان قذف زوجته
وهي صغيرة لا تجامع مثلها عزر وهو تعزير يسقط باللعان وهل
يستوفيه قبل بلوغها ففيه وجهان احدهما انه يجوز استيفاؤه
قبل بلوغها فعلى هذا فيه وجهان احدهما انه يقف استيفاؤه
على مطالبة الولي والثاني انه الى الامام فان قذف من لا وارث
له ومات المقذوف فهل للامام استيفا الحد بحكم الارث للمسلمين
فيه وجهان فان قذف جماعة بالزنى ان يكونوا كلهم زناة فان
قذف كل واحد منهم بكلمة وجب عليه لكل واحد حد وان
قذفهم بكلمة واحدة ففيه قولان قال في القديم يجب حد واحد وقال
في الجديد وهو الاصح انه يجب لكل واحد منهم حد وان قذف زوجته
برجل بعينه ولم يلاعن ففيه طريقان من اصحابنا من قال هي
على قولين ومنهم من قال يجب حد واحد قولا واحدا وان قال لزوجته
يا زانية يا بنت الزانية وهما محصنتان لزمه حدان فان حضرتا وطالبتاه

بحدهما ففيه وجهان احدهما انه يبدا بحد البنت والثاني وهو المذهب
انه يبدا بحد الام فان اجتمع حدان لاثنين على عبد ففيه وجهان
احدهما انه يوالى بينهما كما لو كانا على حر والثاني انه يوالى بينهما
فان قذف اجنبيا بالزنا ثم قذفه بزنا اخر قبل ان يقام عليه
الحد ففيه وجهان احدهما انه لا يوالى بينهما كما لو كانا على حر
والثاني انه يوالى بينهما فان قذف اجنبيا بالزنا ثم قذفه بزنا
اخر قبل ان يقام عليه الحد ففيه قولان احدهما انه يجب به حدان
والثاني انه يلزمه حد واحد وهو الاصح وان قال لامراته يا زانية
فقالت بك زنيت وقالت لم ارد الاقرار بالزنا ولا قذفه بالزنا وكذبها
فيهما فحلفها على الامرين انها لم ترد الاقرار بالزنا وانها لم ترد قذفه
بالزنا وهل يكتفى بيمين واحدة في ذلك فيه وجهان وان قذف
زوجته ولاعنها ثم قذفها بزنا اضافه اليها قبل اللعان ففيه
وجهان احدهما انه يجب عليه الحد والثاني يجب عليه الحد فان
قذف زوجته ولاعنها ولم تلاعن فحدت ثم قذفها اجنبي
بذلك الزنا ففيه وجهان احدهما انه لا حد عليه والثاني يجب
عليه الحد فان قال رجل بحضرة السلطان زنى فلان فهل يلزم
السلطان ان يعلم المقذوف فيه وجهان احدهما انه يلزمه
والثاني انه لا يلزمه وفيه وجه ثالث وهو قول ابي العباس
بن سريج انه ان تعدى قذف الغايب الى قذف احضره حاضر

مطالب لم يلزم الامام اعلامه وان لم يتصل قذف الغايب بحاضر مطالب
وجب على الامام اعلامه وان محصنا وقال قذفته وانا ذاهب
العقل وعلم له حالة جنون ففيه قولان بناء على القولين في
الملفوف اذا قده

باب السرقة

في وجوب القطع بالسرقة قولان ولا يجب القطع في اقل من ربع
دينار ويقوم غيره بالذهب فان سرق ربع مثقال من الخلاص
وقيمته دون ربع دينار ففيه وجهان احدهما وهو قول ابي
سعيد الاصطخري وابي علي بن ابي هريرة انه لا يقطع والثاني
وهو قول عامة اصحابنا انه يقطع وقال مالك يقطع في ربع دينار
او ثلثة دراهم وهما اصلان ويقوم غيرهما بهما وبه قال
الليث واحمد وابو ثور وقال ابو حنيفة يقطع في عشرة
دراهم مضروبة ويقوم غيرها وحكي عن الحسن البصري انه قال
يقطع في نصف دينار وقال عثمان البتي يقطع في درهم فما
زاد وقال سليمن بن يسار لا يقطع الخمس الا في خمس يعني خمسة
دراهم وبه قال ابن ابي ليلى وابن شبرمة وقال داود واهل
الظاهر يقطع في القليل والكثير وحكي ذلك عن الحسن
البصري واختاره ابن بنت الشافعي وقال ابرهيم النخعي لا يقطع
اليد الا في اربعين درهما فان اشترك اثنان في سرقة نصاب

لم يجب القطع على واحد منهما وقال مالك واحمد يقطعان وهو قول
ابي ثور اذا نقب حرزا وسرق منه ثمن دينار ثم عاد وسرق ثمن
اخر ففيه ثلثة اوجه احدها وهو قول ابي العباس بن سريج
انه يجب القطع والثاني وهو قول ابي اسحق انه لا يجب عليه القطع والثالث
وهو قول ابي علي بن خيران انه ان عاد وسرق الثمن الثاني بعد
ما اشتهر هتك الحرز لم يقطع وان سرق قبل ان يشتهر خرابه
قطع ويجب القطع بسرقة ما اصله على الاباحة اذا كان مملوكا
وقال ابو حنيفة لا يجب القطع بسرقة ما اصله مباح في دار الاسلام
كالصيد والطير والخشب الا الساج والابنوس والصندل والعود
والقنا او كان معمولا ويجب القطع بسرقة القرون وقال ابو حنيفة
لا يجب القطع بسرقتها معمولة كانت او غير معمولة وقال
ابو يوسف اذا كانت معمولة وجب القطع بسرقتها كالخشب
ولا يقطع الا بسرقة من حرز وقال داود لا يعتبر الحرز في وجوب
القطع فان استعار شيئا وجحده لم يجب عليه القطع وقال احمد
واسحق يجب عليه القطع اذا سرق من الثمر المعلق غير المحرز
لم يجب عليه القطع ووجب عليه غرمه وقال احمد يجب عليه غرامة
مثله والمرجع في الاحراز في الاموال الى العرف والعادة فمنها
ما يحرز بالاقفال والاغلاق كالذهب والفضة ومنها ما يحرز
بالدنابات ومنها ما يحرز بالشرايج وقال ابو حنيفة الاحراز بالاقفال

والاغلاق قال الشافعي رحمه الله والحنطة حرزها ان تجعل في الغرائر
في موضع البيع ويشد بعضها الى بعض وان لم تغلق دونها بلبة فمن
اصحابنا من قال هذا قاله الشافعي على عادة اهل
مصر فانهم هكذا يحرزون الحنطة فاما بالعراق وخراسان
فلا يحرزون الا في البيوت والمساطيح بالابواب ومنهم
من حمله على عمومه فاما الحطب فحرزه ان يعبى بعضه على بعض
ويربط اعلاه باسفله بحبل بحيث لا يمكن ان يسل منه شي ومن
اصحابنا من قال هذا حرزه نهارا فاما بالليل فلا بد من باب يغلق
عليه او شرج عليه قال الشيخ ابو حامد وهذا ليس بشي فان اخرج
النباش الكفن من جميع القبر وجب عليه القطع وهو
قول مالك واحمد والجماعة وقال ابو حنيفة والثوري
لا قطع عليه فان اكل السبع الميت وبقي الكفن ففيه وجهان
احدهما انه ملك الورثة وهو قول ابي علي بن ابي هريرة وابي
علي الطبري والثاني انه لبيت المال واما الجمال المقطرة فان
كان معها قايد اذا التفت نظر الى جميعها ولم يغب عنه منها
شي واكثر الا التفات فانها محرزة وقال ابو حنيفة لا يكون
منها شي محرز الا الجمل الذي هو اخذ بزمامه فان سرق من الجمال
المقطرة المحرزة جملا والمتاع عليه ولم يكن صاحبه فوقه وجب
عليه القطع وقال ابو حنيفة ان سرق الجمل والحمل فلا قطع عليه وان

فتق الحمل وسرق المتاع منه وجب عليه القطع ولا تجب القطع حتى تخرج
النصاب من جميع الحرز فان نقب الحرز وادخل يده واخرج
النصاب من الحرز او اذا ادخل محجنا او خشبة واخرج بها نصابا
وجب عليه القطع وقال ابو حنيفة لا قطع عليه وكذلك
اذا طر جيب رجل فسقط ما فيه او بط كمه فسقط ما فيه او نقب
حرزا فيه طعام فانثال الطعام وجب عليه القطع فان دخل الحرز
وفيه ما جاري فترك المتاع حتى خرج قطع وان كان الما راكدا
فحركه حتى تحرك وخرج ففيه وجهان احدهما يقطع والثاني
لا يقطع وان وضع النصاب في النقب ولا ريح فهبت ريح فاخرجته
ففي وجوب القطع فيه وجهان وان وضع المتاع على حمار في الحرز
فخرج الحمار من غير قود ولا سوق ففي وجوب القطع وجهان
وان دخل الحرز واخذ جوهرة وابتلعها وخرج ففي وجوب القطع
وجهان احدهما يقطع والثاني لا يقطع وان اخذ طيبا فتطيب به في
الحرز ثم خرج فان كان يجتمع منه ما يبلغ نصابا ففيه وجهان
احدهما انه لا يقطع والثاني يقطع فان نقب رجلان حرزا فاخذ احدهما
المال ووضعه على بعض النقب واخذه الاخر ففيه قولان احدهما
انه يجب القطع عليهما والثاني انه لا قطع على واحد منهما وهو الاصح وان
نقب احدهما الحرز ودخل الاخر واخرج المال ففيه طريقان من

اصحابنا من قال فيه قولان كالمسلة قبلها ومنهم من قال لا تجب القطع
قولا واحدا وان نقب ثلثة حرز ودخلوا واخرج كل واحد منهم شيا
وكان بعضهم قد اخذ واكثر من نصاب وبعضهم اقل من نصاب
اعتبر كل واحد منهم بنفسه فان بلغ ما اخرجه نصابا قطع
فان نقص لم يقطع وقال ابو حنيفه تجمع ما اخرجوه فان خص كل
واحد منهم نصابا قطعوا وقال مالك ان كان ما حملوه
في دفعه ثقيلا لا يقدر احدهم على حمله قطعوا وان كان يقدر
احدهم على حمله لم يقطعوا في احدى الروايتين اذا نقب رجلان
حرزا ودخل احدهما واخرج العين فناولها الاخر ولم يخرج بها
فالقطع على الذي دخل وكذلك اذا رمى بها اليه فاخذها الخارج
وكذلك اذا اخرج بيده النصاب من الحرز ثم رده اليه وجب
عليه القطع وقال ابو حنيفه لا قطع عليه في هذه المسايل فان
كان المتاع في بيت مغلق في دار مغلقة فنقب ودخل البيت واخرج
المتاع من البيت الى الدار فهل يجب عليه القطع فيه وجهان
احدهما انه يقطع اذا سرق صنما او مزمارا وكانت قيمته يبلغ نصابا
اذا فصل وصلح للمباح ففي وجوب القطع ثلثة اوجه احدها
انه يقطع والثاني انه لا يقطع وهو قول ابي حنيفه والثالث
وهو قول ابي علي بن ابي هريرة انه ان اخرجه مفصلا قطع وان اخرجه

غير مفصل لم يقطع وان سرق صبيا صغيرا وعليه حلي يبلغ نصابا ففيه
وجهان احدهما انه يقطع والثاني لا يقطع وان سرق خمرا او خنزيرا
لم يقطع وان حكي عن عطا انه قال اذا سرق ذلك من اهل الذمه
قطع وان سرق ام ولد وهي نايمة ففيه وجهان احدهما وهو
ظاهر المذهب انه يقطع والثاني وهو ظاهر قول ابي حنيفه
انه لا يقطع وفيه وجه ثالث انا ان قلنا يملك الرقبة الموقوف
عليه يقطع وان قلنا الا يملكها لم يقطع وان سرق الما ففيه وجهان
احدهما انه يقطع والثاني انه لا يقطع وان سرق من ولد او والد فلا
قطع عليه وقال ابو ثور يقطع ومن عدا الوالدين والمولودين
يقطع بالسرقه وقال ابو حنيفه كل ذي رحم محرم لا يقطع بسرقه
مال الاخر ولا يقطع العبد بسرقه مال مولاه وقال داود يقطع
بسرقه ماله وان سرق من مال الزكوة وليس من اهلها قطع
في احد الوجهين فان سرق احد الزوجين من الاخر ما هو محرز عنه
ففيه ثلثة اقوال احدها انه يقطع وبه قال مالك واحمد
والثاني لا يقطع وهو قول ابو حنيفه والثالث يقطع الزوج
بسرقه مال الزوجه ولا يقطع الزوجه بسرقه مال الزوج وان غصب
مال الزوج واحرزه في حرزه فنقب المغصوب منه الحرز وسرق
مع ماله نصابا من مال الغاصب ففيه ثلثة اوجه احدها انه لا يقطع والثاني
انه يقطع والثالث انه ان كان ما سرقه متميزا عن ماله قطع وان

كان مختلطا بماله لم يقطع وان نقب المؤجر الدار المستاجرة وسرق
من مال المستاجر قطع وبه قال ابو حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد
لا قطع عليه وان نقب المعير الدار المستعارة وسرق منها نصابا
من مال المستعير ففيه وجهان احدهما لا يقطع وهو قول
ابي حنيفة واصحابه والثاني يقطع وهو المنصوص عليه وان غصب
من رجل مالا او سرقه واحرزه في احرز فسرقه منه ففي وجوب
القطع وجهان احدهما انه لا يقطع والثاني انه يقطع وقال ابو حنيفة
يقطع اذا سرق من الغاصب ولا يقطع اذا سرق من السارق
والخصم في قطع هذا السارق هو المالك دون السارق والغاصب
كذا ذكر اصحابنا وذكر القاضي ابو الحسن الماوردي وعندي
ان كل واحد من المالك والسارق والغاصب خصم وقال
ابو حنيفة الخصم في السرقة المالك وفي الغصب الغاصب وان
دخل مراح الرجل فحلب غنمه واخرجه وبلغت قيمته نصابا وجب
عليه القطع وقال ابو حنيفة لا قطع عليه بناء على اصله في الاطعمة الرطبة
من الفواكه وغيرها لا يجب فيها القطع فان نزل ضيف على
رجل فسرق من مال محرز عنه نصابا قطع وقال ابو حنيفة لا قطع
عليه ويقطع العبد بالسرقة آبقا او غير آبق وقال ابو حنيفة لا
قطع على الآبق وحكي عن ابن عباس رضي الله عنه انه قال لا قطع
عليه لانه مضطر اذا سرق اناء فضة فيه خمر او بول قطع وقال

ابو حنيفة لا قطع عليه وحكاه في الحاوي وجها لاصحابنا وكذا عنده
اذا سرق صليبا من ذهب يبلغ قيمته نصابا لم يجب عليه القطع فان سرق
مصحفا قيمته ربع دينار وقال ابو حنيفة لا قطع عليه وان سرق
ستارة الكعبة المخيطة عليها قطع وقال ابو حنيفة لا قطع عليه
وان سرق بواري المسجد وحصره ففي وجوب القطع وجهان فان
سرق عبدا صغيرا من حرز مثله او كان كبيرا نائما او اعجميا لا يفقه
لا يميز بين سيده وبين غيره في الطاعة او مجنونا وجب عليه القطع
وبه قال ابو حنيفة ومالك وقال ابو يوسف لا يجب عليه القطع
فان سرق حرا صغيرا لم يجب عليه القطع وقال مالك يجب عليه
القطع فان دخل الحرز فاخذ ثوبا فشقه او شاة فذبحها في الحرز
ثم اخرج ذلك وبلغت قيمته نصابا بعد الشق والذبح وجب عليه
القطع وقال ابو حنيفة في الثوب ما قلنا الا ان يكون قد خرق
اكثره فلا يجب القطع اذا وهب المسروق منه المسروق
من السارق بعد وجوب القطع لم يسقط القطع عنه وبه قال
مالك واحمد وقال ابو حنيفة يسقط القطع فان ثبتت السرقة
بالبينة والمسروق منه غائب فالمنصوص في السرقة انه لا يقطع
حتى يحضر من يدعي وهو قول ابي حنيفة وقال فيمن قامت البينة عليه
بالزنا بامة ومولاها غائب انه يحد ولا ينتظر حضور المولى واختلف
اصحابنا فيه على ثلثة اوجه احدها وهو قول ابي العباس بن سريج انه

انه لا يقام عليه الحد في المسلمين حتى يخرج والثاني وهو قول ابي اسحق
تخرج المسلمين على قولين بنقل الجولتين احدهما لا يحد والثاني
يحد والثالث وهو قول ابي الطيب بن سلمة وابي حفص بن
الوكيل انه يحد الزاني ولا يقطع السارق على ظاهر ما نص عليه
ومن اصحابنا من قال فيه وجه اخر انه يقطع السارق ويحد الزاني
في الاقرار وجها واحدا والصحيح انه كالبينة فاذا قلنا ينتظر قدوم
الغايب ففيه وجهان احدهما انه يحبس والثاني انه ان كان
السفر قريبا حبس الى ان يقدم الغايب وان كان بعيدا لا يحبس
فاذا وجب عليه القطع قطعت يده اليمنى فان سرق ثانيا قطعت
رجله اليسرى فان سرق ثالثا قطعت يده اليسرى فان سرق رابعا
قطعت رجله اليمنى وحكي عن عطا انه قال تقطع يده اليسرى
في المرة الثانية وقال ابو حنيفة والثوري واحمد لا يقطع في المرة
الثالثة والرابعة ويقطع اليد من الكوع والرجل من مفصل القدم
وحكي عن قوم من السلف انه تقطع اصابع اليد دون الكف
والرجل يقطع من معقد الشراك ويترك له العقب وحكي هذا
عن ابي ثور وهو قول الرافضة ويحسم بالزيت والنار فان امتنع من
حسمها فهل يجبر عليه في السرقة فيه وجهان احدهما لا يجبر
عليه كما لا يجبر عليه في القود والثاني انه يجبر عليه اذا بقي من يمينه
الكف فسرق فهل يقطع فيه وجهان احدهما انها تقطع

والثاني لا يقطع ويجعل كالمعدومة وان كان يده اليسرى مقطوعة او ناقصة
نقصانا اذهب معظم منفعتها لم يمنع ذلك من قطع يمينه وقال ابو حنيفة
يمنع فان وجب عليه القطع في يمينه فسقطت يساره باكلة لم يسقط
القطع في اليمين وحكي عن ابي اسحق انه قال يسقط القطع في احد القولين
كما لو قطع الامام يساره وهذا خلاف نص الشافعي رحمه الله اذا وجب
على السارق قطع يمينه فاخرج يساره فاعتقد انها تجزي
عن اليمين فقد حكى القاضي ابو الطيب رحمه الله في ذلك وجهين وذكر
الشيخ ابو حامد ان القاطع ان كان يعلم انها يساره وانها لا تجزي وجب
عليه القصاص ووجب قطع اليمين وان لم يعلم ذلك لم يجب القصاص
فيها ووجب ديتها وهل يسقط القطع في السرقة فيه قولان
وان سرق مرة خامسة حبس وعزر وحكي عن عثمان وعمر بن
عبد العزيز انهما قالا يقتل في الخامسة فان سرق فقطعت يده
ثم عاد وسرق قطعت رجله ولا فرق بين ان يسرق من الاول ومن
غيره وسوا سرق تلك العين او غيرها وقال ابو حنيفة اذا سرق
العين التي قطع فيها لم يقطع ثانيا بسرقتها الا ان يسرق غزلا فقطع فيه
ورده فنسج ثوبا فعاد وسرقه قطع ويثبت السرقة باقراره مرة واحدة
وقال احمد وابو يوسف وزفر وابن ابي ليلى لا يثبت الا باقراره فان رجع
عن اقراره قبل رجوعه في سقوط القطع وفيه قول اخر انه لا يسقط
فان قال السارق انا اقطع يدي بنفسي ففيه وجهان احدهما انه لا يمكن

والثاني انه يملك فان نقصت قيمة النصاب بعد السرقة لم يسقط القطع وقال ابو حنيفة يسقط اذا تلف المسروق في يد السارق غرم القيمة وقطع وقال ابو حنيفة لا يجمع عليه بين القطع والغرم وحكي عن الحسن بن زياد عن ابي حنيفة انه اذا قطع غرم وقال مالك ان كان السارق معسرا قطع ولم يغرم كقول ابي حنيفة وان كان موسرا قطع وغرم كقولنا فان قامت البينة عليه بالسرقة فقال الذي سرقته كان مالي عنده وديعة او رهنا او كنت قد ابتعته منه او اتهبته منه وسلمه الي او كان قد غصبه مني فالقول قول المسروق مع يمينه ولا قطع عليه نص الشافعي رحمه الله وقال ابو اسحق قال بعض اصحابنا لا يسقط القطع فان فعل السارق في العين المسروقة ما اوجب نقصان قيمتها كالقطع كقطع الثوب وغيره وجب عليه رده وما نقص من قيمته وقال ابو حنيفة ان كان نقصانا لا يقطع حق المالك اذا فعله الغاصب رد العين ولا ضمان عليه اذا قطع حق المغصوب منه كقطع الثوب وخياطته فاذا قطع لا ضمان عليه وتسقط حق المسروق منه من العين وان كان زيادة في العين كانه صبغه احمرا واصفرا فاذا قطع قال ابو حنيفة لا يرد العين ولا يحل له التصرف فيها وقال ابو يوسف ومحمد يرد العين اذا سرق فضة فضربها دراهم او ذهبا فضربه دنانير قطع ورده قال ابو حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا يرده فيه ٥

باب حد قاطع الطريق ٥

حد قاطع الطريق مرتبة فمن قتل قتل قتلا محتما ومن قتل واخذ المال قتل وصلب ومن اخذ المال ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف والنفي المذكور في الاية طلبهم لاقامة الحد عليهم روي ذلك عن ابن عباس في تفسير قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله وقال ابو حنيفة اذا قتل واخذ المال فالامام مخير فيه بين ان يقتله ويصلبه وبين ان يقطعه ويقتله وبين ان يجمع عليه بين القتل والقطع والصلب فان شهر السلاح ولم يقتل ولم ياخذ المال عزر وهل يتعين ما يعزر به وحكي في الحاوي وجهين احدهما انه يتعين حبسه والثاني انه يعزره بما يرى واختلف من قال بحبسه على وجهين احدهما انه يحبس في بلده وهو قول ابي حنيفة والثاني انه يحبس في غير بلده وهو قول ابي العباس بن سريج واختلف في قدر الحبس فمنهم من قال هو غير مقدر ويعتبر فيه الندم وظهور التوبة ومنهم من قال هو مقدر وفي قدره وجهان احدهما ستة اشهر وهو قول ابي عبد الله الزبيري والثاني انه مقدر بسنة وهو قول ابي العباس بن سريج وقال مالك اذا شهر السلاح وقطع الطريق فان الامام اذا راه جلدا ذا راي قتله وان كان جلدا لا راي له قطعه ولم يعتبر فعله وحكي عن سعيد بن المسيب وجماعة وداود ان الاية على التخيير بين القتل والصلب والقطع والنفي وفي اعتبار النصاب في القطع في المحاربة وجهان احدهما انه يعتبر النصاب قولا واحدا والثاني انه لا يعتبر التكافؤ في القتل في احد القولين وان خرج جراحة توجب القود فهل يتحتم فيه قولان احدهما

تحتم والثاني لا يتحتم فان اجتمعت الحدود مع القتل في المحاربة بدئ بالحدود
وقال ابو حنيفة يسقط بالقتل ما عداه من الحدود وان لم يكن معها قتل
تخير الامام في البداية بما شاء منها وان قتل واخذ المال قتل وصلب ومن
اصحابنا من قال يصلب حيا ويمنع من الطعام والشراب حتى يموت وحكى
ابو العباس بن القاص في التلخيص عن الشافعي رحمه الله قال يصلب ثلثا قبل
القتل وليس بصحيح فان كان الزمان باردا او معتدلا صلب بعد القتل ثلثا وان
كان الحر شديدا او خيف عليه التغير قبل الثلث حط وغسل وكفن وصلي
عليه وقال ابو علي بن ابي هريرة يصلب الى ان يسيل صديده فان مات
فهل يصلب فيه وجهان احدهما وهو قول الشيخ ابي حامد الاسفراييني
انه لا يصلب والثاني وهو قول القاضي ابي الطيب انه يصلب وقال
ابو حنيفة النفي هو حبسهم وقطاع الطريق في المصر كهم في البرية وبه
قال ابو ثور وابو يوسف وقال ابو حنيفة والثوري لا محاربة في
الامصار وعن مالك روايتان وتوقف احمد في ذلك ذكره في الحاوي
ان القرى التي يقل اهلها حكمها حكم الصحارى فيمن قصدها من
المحاربين واما الامصار الكبار فمن قصد نواحيها جهارا فكذلك فاما وسط
البلد في المواضع التي تتكاثر فيها الناس في اسواقهم ودورهم اذا كبسوا
سوقا منها ونهبوها او دارا منها فنهبوها ففي جريان المحاربة عليهم
وجهان اصحهما ان حكمهم حكم المحاربة فان فقد المحارب يده اليمنى وبقيت
رجله اليسرى او فقدت رجله اليسرى وبقيت يده اليمنى ففيه

وجهان احدهما وهو قول ابي حامد الاسفراييني انه يوخذ الباقي وحده والثاني
قال في الحاوي وهو الاشبه عندي ان تجعل الموجود تبعا للمفقود فيعدل
الى رجله اليمنى ويده اليسرى اذا اعترض قطاع الطريق بالعصا والرمي
بالحجارة ثبت لهم حكم المحاربين الا من باشر اسبابها دون من كان ردا وقال
ابو حنيفة ومالك حكم الردء حكم المباشر يجلد اذا كان فيهم امراة
فقتلت او اخذت المال ثبت لها حكمهم وقال ابو حنيفة لا تحد عليها
حد المحاربة والقتل في المحاربة متحتم وحكي عن بعض الناس انه لا يتحتم اذا
قطع وقتل في المحاربة قطع ثم قتل وان قتل ولم يقطع قتل ولم يقطع
وان قطع يسار رجل واخذ المال قطعت يمينه ورجله وقطعت يساره
قودا وقال ابو حنيفة قطعت يمينا ورجله اليسرى ولا يقطع يساره اذا
تاب قاطع الطريق قبل القدرة سقط ما يختص بالمحاربة من العقوبات الحتام
القتل والصلب وقطع الرجل وهل يسقط قطع اليد فيه وجهان
احدهما انه يسقط وهو قول ابي علي بن ابي هريرة والثاني وهو قول
ابي اسحق انه لا يسقط واما ما لا يختص بالمحاربة من حد الله تعالى كحد
الزنا واللواط والسرقة وشرب الخمر ففيه قولان احدهما انه لا يسقط
بالتوبة وهو قول ابي حنيفة والثاني انه يسقط وهو الاصح وان كانت
هذه الحدود قد وجبت عليه في غير المحاربة لم يسقط عنه حتى يقترن بالتوبة
الاصلاح في زمان يوثق بتوبته فيه وان كانت قد وجبت عليه في المحاربة
سقطت باظهار التوبة والرجوع الى الطاعة اذا قتل في المحاربة جماعة

قيل بالاول ويوخذ من تركته دية الباقين وخرج ابو العباس وجها اخر
انه يقتل بالجميع وليس بصحيح

باب الاشربة وحد الخمر

كل شراب اسكر كثيره فقليله وكثيره حرام والخمر محرمة
بالاجماع وقد كانت مباحة في صدر الاسلام وذكر في الحاوي في صفة استباحتها
وجهين احدهما انها كانت مباحة استصحابا بالحكم الجاهلية وذكر انه
الاشبه والثاني انها كانت مباحة بشرع ورد فيها بقوله ومن ثمرات
النخيل والاعناب تتخذون منه سكرا وما يروى عن قدامة بن مظعون
وعمرو بن معدي كرب انهما قالا هي حلال فقد رجعا عن ذلك لما اعلمهم
الصحابة رضي الله عنهم بتحريمها ومن استحلها اليوم فانه يحكم بكفره والخمر
المجمع على تحريمها عصير العنب التي اذا اشتد وقذف بزبده وما عدا ذلك
من الاشربة المسكرة فيحرم قليلها وكثيرها واختلف اصحابنا في
تسميتها خمرا فمنهم من قال تسمى خمرا ومنهم من قال لا تسمى خمرا وبتحريمها
قال مالك واحمد وقال ابو حنيفة الاشربة على اربعة اضرب احدها
الخمر وهي على ما ذكرناه ولم يشترط ابو يوسف ومحمد ان تقذف بزبده
وقالا اذا اشتد وغلى كان خمرا والضرب الثاني المطبوخ من عصير العنب
اذا ذهب اقل من ثلثيه فهو حرام وان ذهب ثلثاه فهو حلال الا ما اسكر منه
فان طبخ عنبا فعنه فيه روايتان احديهما انه يجري مجرى عصيره والمشهور
عنه انه حلال وان لم يذهب ثلثاه والثالث نقيع التمر والزبيب اذا
اشتد كان حراما واذا طبخا حلا الا ما اسكر منهما ولم يعتبر ان يذهب ثلثاهما

والرابع نبيذ الحنطة والذرة والشعير والارز والعسل فانه حلال نقيعها
ومطبوخها وروى الحسن بن زياد عنه انه لا يحد من سكر من ذلك والسكر
محرم ووافقنا ابو حنيفة في نقيع التمر والزبيب انه حرام غير انه حرام
غير انه اذا شرب منه ولم يسكر لم يحد ومن شرب مسكرا وهو
مسلم بالغ عاقل مختار وجب عليه الحد وان كان حرا او جب عليه اربعون
وقال ابو حنيفة لا يحد في شرب النبيذ الا ان يسكر الا في
رواية الحسن بن زياد فانه قال لا يحد وان سكر وقال ابو حنيفة
ومالك والثوري حد الخمر ثمانون واختاره ابن المنذر وانما يجب عليه
الحد اذا اقر انه شرب المسكر او شرب الخمر او يشهد عليه عدلان
بذلك فاما اذا وجد سكرانا او شم منه رائحة الخمر او تقيا مسكرا
لم يجب عليه الحد وحكي ان رجلين شهدا عند عثمان رضي الله عنه على رجل
فشهد احدهما انه شرب خمرا وشهد الاخر انه تقياها فقال عثمان
ما تقياها الا وقد شربها وقال لعلي رضي الله عنه اقم عليه الحد وروي عن عبد
الله بن مسعود رضي الله عنه انه شم من رجل رائحة الخمر فقال لا ابرح حتى
اقيم عليه الحد فان جلد رجلا الحد واربعين في الشرب فمات ففيه قولان
احدهما انه يضمن نصف الدية والثاني انه يضمن جزءا من احد واربعين جزءا
من الدية فان امره ان يضربه ثمانين فضربه الجلاد احدا وثمانين جلدا فان قلنا يقسط
على عدد السياط وجب على الجلاد جزء من احد وثمانين جزءا من الدية وعلى
الامام اربعون جزءا من احد وثمانين جزءا وان قلنا يقسط على عدد الجنايات ففيه

وجهان احدهما انه يسقط نصف الدية وتجب نصفها على الامام والجلاد نصفين
والثاني انه ان الدية يقسط اثلاثا ويضرب في الخمر بالايدي والنعال واطراف
الثياب على ظاهر النص وقال ابو العباس وابو اسحق يضرب بالسوط فان قلنا يضرب
باطراف الثياب فضرب بالسياط فمات ضمن وفي قدر الضمان وجهان احدهما
انه يضمن بقدر ما زاد المه على الم النعال والثاني انه يضمن جميع الدية فان
اجتمع عليه حد الشراب وحد القذف ففيه وجهان احدهما يقدم حد
القذف والثاني يقدم حد الشرب وهو الصحيح فان اجتمع عليه
القطع في قطع طريق قطعت يمينه للسرقة وقطع الطريق ثم تقطع
رجله لقطع الطريق وهل يوالي بينهما فيه وجهان فان كان مع هذه
الحدود وقتل في المحاربة ففيه وجهان احدهما وهو قول ابي اسحق انه
يوالي بين الجميع والثاني انه لا يوالي بينهما ومن اتى معصية لا حد فيها
ولا كفارة وجب عليه التعزير يوافق الحدود في الاختلاف باختلاف
الذنوب ويخالفها في الاختلاف باختلاف الفاعل فيكون فيختلف
التعزير باختلاف الفاعل فيكون تعزير ذي الهيبة اخف من تعزير
ذي السفاهة وهو على اربع رتب فالرتبة الاولة التعزير بالكلام
ثم بالحبس ثم بالنفي ثم بالضرب ويتدرج ذلك في الناس على حسب منازلهم
فيكون تعزير من جل قدره بالاعراض عنه وتعزير من دونه بالتعنيف
والتعزير من دونه بزواجر الكلام وغاية الاستخفاف ثم يعود الى الرتبة
الثانية وهي الحبس وينزلون فيه على حسب منازلهم بحسب ذنوبهم فمنهم

من يحبس يوما ومنهم من يحبس اكثر الى غاية غير مقدرة بحسب ما يودي
اليها الاجتهاد ويروى فيها المصلحة وقال ابو عبد الله الزبيري من اصحابنا
يتقدر غايته بشهر للتاديب والتقويم ثم يعدل الى الرتبة الثالثة وهي
النفي واختلف في غايته فظاهر مذهب الشافعي رحمه الله انه مقدر
الاكثر بما دون السنة وظاهر مذهب مالك انه يجوز ان يزاد على سنة
ثم يعود يعدل الى الرتبة الرابعة وهي الضرب فينزلون بحسب ذنوبهم واختلف
في اكثره فذهب الشافعي رحمه الله على ان اكثره في الحر تسعة
وثلثون وفي العبد تسعة عشر وقال مالك لا حد لاكثره ويجوز ان يزيد على
اكثر الحدود وقال ابو عبد الله الزبيري تعزير كل ذنب مستنبط
من حده المشروع في جنسه فاعلاه فيمن تعرض لشرب الخمر تسع وثلثون
واعلاه فيمن تعرض للزنا خمسة وسبعون لان حد القذف ثمانون ثم جعله
يختلفا باختلاف الاسباب في المتعرض بالزنا فان وجد نال منها
ما دون الفرج ضربا اكثر التعزير خمسة وسبعين سوطا وان وجدا عريانين
في ازار قد تضامنا ابدانهما ولا حايل بينهما ضربا ستين سوطا وان وجدا
عريانين في ازار غير متضامنين ضربا خمسين سوطا وان وجدا في بيت متبذلين
قد كشفا سوءتهما ضربا اربعين سوطا وان وجدا مستوري السوءة ضربا ثلثين
سوطا وان وجدا في طريق يتحدثان بفروجهما ضربا عشرين سوطا
وان وجدا فيه يشير كل واحد منهما الى الاخر بالريبة ضربا عشرة
اسواط وقال ابو يوسف اكثر التعزير خمسة وسبعون في جميع الذنوب

من غير تفصيل واما اشهار المعزر من الناس فجايز اذا راى اليه الاجتهاد ليكون
زيادة في النكال وان لا يجرد من ثيابه الا قدر ما يستر به عورته وينادى عليه
اذا تكرر منه ولم يقلع عنه ويجوز ان يحلق شعر راسه ولا يجوز
ان يحلق لحيته واختلف في جواز تسويد وجهه على وجهين فيجوز
ان يصلب في التعزير حيا ولا يمنع من الطعام والشراب ولا يمنع من الوضو والصلوة
ويصلي موميا ويعيد اذا ارسل قلت انا وفي هذا نظر ولا يجاوز بصلبه
ثلثة ايام فاما التعزير المتعلق بحق الادمي كالمشاتمة والمواثبة ففيه
حق للامام في التاديب وحق للمشتوم وهل يسقط حق الامام بعفو المشتوم
بعد الترافع فيه وجهان اظهرهما انه لا يسقط والثاني يسقط وهو
قول ابي عبد الله الزبيري فان راى الامام ترك التعزير جاز فان عزره فمات ضمنه
وفي محل الضمان قولان احدهما في بيت المال والثاني على عاقلته فعلى هذا
القول في الكفارة وجهان احدهما انها في مال الامام والثاني في بيت المال
وحكي عن ابي هريرة انه كان فيما يعود نفعه الى كافة المسلمين كتعزير
المتعرض للزنا فديته في بيت المال وان كان مما يعود نفعه الى المضمون به
كتعزير من قدح في عرضه فديته على عاقلة الامام وفي امر الامام الجلاد بقتل
او جلد مختلف وهما يعتقدان انه لا يجوز واكرهه عليه وجب الضمان عليهما
فان كان فيه نص ففي وجوب القود وجهان احدهما وهو قول ابي علي بن ابي
هريرة انه يجب القود والثاني انه لا قود بسبب الاختلاف فان اعتقد
الامام وجوبه واعتقد الجلاد خطره ففي وجوب الضمان على الجلاد وجهان ولا

ضمان على الامام وقال ابو حنيفة اذا علم الامام انه لا يردعه الا التعزير وجب عليه
تعزيره وان علم انه يردعه غيره كان التعزير اليه ان شا عزره وان شا تركه
واذا مات من التعزير فلا ضمان عليه وقال مالك اذا عزره تعزير مثله فمات فلا
ضمان عليه وان امر الامام الجلاد بجلد رجل ظلما وعلم الجلاد ذلك واكرهه
عليه وجب القود على الامر وفي الجلاد قولان فان سقط القود وقلنا بوجوبه
عليهما فالدية عليهما وان قلنا ان القود على الامر ففي الدية وجهان احدهما انها
على الامام والثاني انها عليهما فان كان على راس صبي او مجنون سلعة
فامر وليه بقطعها ولم يكن ابا ولا جدا ففي القود قولان احدهما انه يجب
القود عليه والثاني انه تجب عليه الدية وحكي في الامام اذا امر بذلك
طريقين احدهما انه على القولين في غيره والثاني حكاه ابو اسحق انه لا قود
عليه قولا واحدا وان كان الولي وصي اب او امين حاكم ففيه وجهان احدهما
انه يجب عليهما القود والثاني انه يجري عليهما حكم من استنابهما والمستحب
ان يختن الولد قبل البلوغ والاختيار ان يكون في اليوم السابع وهل
يحتسب يوم الولادة من السبع فيه وجهان احدهما وهو قول ابن ابي هريرة
انه يحتسب به ومنه والثاني وهو قول الاكثرين انه لا يحتسب به فيختن
في اليوم السابع بعد يوم الولادة فان ضرب في الحد فانهر دمه فلا ضمان عليه
لانه قد يكون ذلك من رقة جلده فان عاد وضربه في موضع انهار دمه ففي
وجوب الضمان عليه وجهان فان قلنا انه يضمن ففي قدره وجهان احدهما جميع
الدية والثاني نصفها ويفرق ضرب الحد على جسده فاما ضرب التعزير فالمذهب

انه يفرقه على جميع جسله وقال ابو عبد الله الزبيري يجوز ان يجمعه في موضع واحد من الجسد ۝

كتاب الاقضيه باب ولاية القضا وادب القاضي ۝

اذا اتفق جماعة يصلحون للقضا اختار الامام اوزعهم وافقهم فان اختار غيره جاز وهل للامام ان يجبر واحدا منهم على الدخول فيه فيه وجهان احدهما ان له اجباره والثاني انه ليس له اجباره ولا يجوز ان يكون القاضي فاسقا وقال الاصم يجوز ان يكون القاضي فاسقا لا وكذلك الاسير الى ولا يجوز ان يكون امراة وقال ابن جرير الطبري يجوز ان يكون قاضيه وقال ابو حنيفة يجوز ان يكون قاضيه في غير الحدود والقصاص وفي الاخرس الذي يفهم الاشارة وجهان كالشهادة ولا يجوز ان يكون جاهلا بطرق الاحكام وبه قال احمد واختلف اصحاب ابي حنيفة فمنهم من قال بذلك ومنهم من قال يجوز ان يكون عاميا فيقلد ويحكم واختلف فيمن طلب القضا رغبة في الولاية والنظر فقيل انه يكره ان يكون طالبا او مجيبا اذا طلب وهو ظاهر قول ابن عمر ومكحول وقيل يستحب ذلك وهو ظاهر قول عمر والحسن ومسروق وقيل يكره ان يكون طالبا ويستحب ان يكون مجيبا اذا طلب وهو قول المتوسطين من الفقها ولا يجوز للقاضي المجتهد ان يقلد غيره في الحكم وبه قال ابو يوسف ومحمد واحمد وقال ابو حنيفة يجوز له ترك رايه الى راي من هو اقوى رايا منه وافقه فيقلده وقال القدوري من اصحابه انما اراد بذلك اذا لم يبن له الحكم في الحادثة فاما ان يعمل بقول غيره وهو يعتقد خطاه

فلا والاول هو المشهور من قوله وقال ابو العباس بن سريج اذا خاف فوت الوقت ان اشتغل بالاجتهاد جاز له التقليد بان يكون الحكم بين مسافرين لا يمكنهم التاخر عن الصحبة فان كان يعتقد مذهب الشافعي رحمه الله فاداه اجتهاده الى قول ابي حنيفة او كان يعتقد مذهب ابي حنيفة فاداه اجتهاده في حادثة الى قول الشافعي حكم بما اداه اجتهاده وحكي في الحاوي قال بعض الفقها وساعده بعض اصحابنا انه لا يجوز ان يحكم بمذهب غيره لانه متهم وقال ابو حنيفة تتخير بين المذاهب فان تحاكم رجلان الى من يصلح ان يكون حاكما للحكم بينهما جاز وما الذي يلزم به الحكم فيه قولان احدهما انه لا يلزم الا بتراضيهما وهو اختيار المزني والثاني انه يلزم بنفس الحكم واختلف اصحابنا فيما يجوز فيه التحكيم فمنهم من قال يجوز في كل ما يجوز للحاكم فيه ومنهم من قال يجوز في الاموال دون النكاح واللعان والقصاص وحد القذف وهل يملك القاضي قبض الصدقات اذا لم يكن لها ناظر بمطلق الولاية فيه وجهان وفي اقامة الجمعة والعيد اذا لم ينتدب لها امام وجهان احدهما يقيمها القاضي والثاني ان اقامتها الى الامير وهل يجوز ان يجعل القضا الى اثنين في مكان واحد في حق واحد فيه وجهان احدهما انه يجوز والثاني لا يجوز فان قال فوضت اليك القضا او رددت اليك القضا او جعلت اليك القضا او اسندت اليك القضا ففيه وجهان احدهما انه كقوله قلدتك القضا او وليتك القضا واستخلفتك على القضا او استنبتك على القضا والثاني

انه كناية وذكر في الحاوي انه اصح كقوله عولت عليك في القضا او اعتمدت
عليك في القضا واذا ولاه القضا على بلد كتب له العهد واشهد على نفسه بما
كتب له ان كان البلد بعيداً وان كان قريبا بحيث يتصل به الخبر بالتولية
ففيه وجهان احدهما وهو قول ابي اسحق انه يجب الاشهاد والثاني
وهو قول ابي سعيد الاصطخري انه لا يجب الاشهاد ويكفي بلوغ الخبر
بالاستفاضة وان ولاه عملا يقدر عليه ولم ياذن له في الاستخلاف فهل
يجوز له الاستخلاف فيه وجهان احدهما وهو قول ابي سعيد
الاصطخري انه يجوز والثاني انه لا يجوز وهو المذهب فان كان قد
ولاه عملا لا يقدر ان يتولاه بنفسه فانه يجوز ان يستخلف فيما لا يقدر عليه
منه وهل يجوز ان يستخلف فيما يقدر عليه منه فيه وجهان احدهما ان
له ذلك والثاني لا يجوز له باب

ما على القاضي في الخصوم والشهود

لا يجوز للقاضي ان يعزل من ولاه الامام الا ان يكون قد جعله نايبا عنه
ففي جواز عزله وجهان احدهما انه يجوز له عزله كما لو استنابه هو ولا يجوز ان
يحكم لولده ولا لوالده وان علا وقال ابو ثور يجوز له ان يحكم لكل
واحد منهما وان تحاكم اليه ولده ووالده في خصومة بينهما فقد قال بعض اصحابنا
يحتمل وجهين احدهما انه لا يجوز له الحكم بينهما والثاني انه يجوز وذكر
في الحاوي في جواز حكمه لولده ووالده ثلثة اوجه احدها انه لا يجوز كما لا يجوز
ان يشهد له والثاني انه يجوز ان يحكم له وان لم يجز ان يشهد له والثالث

انه يجوز ان يحكم بالاقرار له ولا يجوز ان يحكم له بالبينة اخذ الرشوة على الحكم
حرام واما الهدية قال فالذي ذكره اصحابنا ان المهدي اذا لم يجر
عادته بالهدية قبل الولاية فقبول الهدية منه بعد الولاية حرام
والمحكي عن ابي حنيفة واصحابه جواز قبولها وان كره وان كان ممن جرت
عادته بالهدية له قبل الولاية ففي قبول الهدية منه بعد الولاية وجهان
وما الذي يصنع بما قبله فيه وجهان احدهما انه يرده الى بيت المال والثاني
انه يرده على من دفعه اليه وكذا حكم العامل في الصدقات اذا اخذ الهدية
ويعتبر في تمام عقد الولاية قبول المولى منه فان كان غايبا فشرع في النظر
لما بلغه قبل القبول فهل يكون ذلك قبولا فيه وجهان احدهما انه يكون
قبولا والثاني انه لا يكون قبولا حتى يصرح بالقبول ولا يجوز للقاضي
ان يسمع البينة على حكم نفسه وبه قال ابو يوسف وابو حنيفة وقال
ابن ابي ليلى واحمد ومحمد يجوز للقاضي ان يسمع البينة على حكم نفسه كما يسمعها
على حكم غيره وان شهد على حكمه عند غيره ولم يكن قد كذب
الشهود واعاد الشهادة على حكمه لانه لم يذكر حكمه وهو لا يرى سماع
الشهادة على حكم نفسه فيجوز لغيره ان يحكم بها فان كان الحاكم قد انكر
الحكم ولم يكذب الشهود فلا يجوز لغيره ان يسمع الشهادة على حكمه مع
انكاره وقال مالك يجوز ان يسمعها ويحكم بها فان اتفق للقاضي خصومة ارتفع
الى حاكم اخر فان ارتفع الى بعض خلفايه ففيه وجهان احدهما يجوز والثاني
لا يجوز وهو الاظهر ويكره الجلوس للقضا في المسجد وحكي عن الشعبي ومالك

واحمد واسحق انهم قالوا لا يكره ذلك بحال وعن ابي حنيفه روايتان احديهما يكره والثانية لا يكره في المسجد الاعظم وان احتاج الى كاتب لم يتخذ كاتبا الا امينا وهل يجوز ان يكون كافرا فيه وجهان احدهما انه لا يجوز والثاني انه يجوز فان سلم لاحد الخصمين على القاضي ففي فرض رده ثلثة اوجه احدها انه يرده عليه في الحال والثاني يرده عليه بعد الحكم والثالث انه يرد في الحال عليهما معا ومنع بعض الفقها من الرد على الاحوال كلها واذا شهد عند الحاكم شاهد ولم يعلم حريته سال عنها وهل يرجع الى قوله في حريته فيه وجهان احدهما وهو ظاهر النص انها تثبت بقوله والثاني وهو الاظهر انها لا تثبت بقوله وان جهل عدالته وجب عليه السوال عنها وهو قول ابي يوسف ومحمد واحمد وقال ابو حنيفه يكتفي بظاهر العدالة الا في الحدود والقصاص واذا طعن الخصم واختلف اصحابنا فيمن ولي امور المسلمين من القضاة في حضور الولايم على ثلثة اوجه احدها انهم كغيرهم في الندب والثاني انه يسقط عنه فرض الاجابة والثالث انه كان في مرتين قال لم يحضر وان كان غير مرتزق حضر ويتخذ قوما من اصحاب المسايل ليتعرف بهم احوال الشهود وهل يعتبر العدد فيهم ويكون الحكم بشهادتهما او شهادة المسولين من الجيران فيه وجهان قال ابو اسحق يحكم بشهادة الجيران لانهم يشهدون بالجرح فعلى هذا نقتصر على قول احد من اصحاب المسايل ويعتبر العدد في المسولين ولفظ الشهادة وقال ابو سعيد الاصطخري وهو ظاهر النص يحكم

شهادة اصحاب المسايل ولا يحتاج الى احضار الجيران فيعتبر العدد في ارباب المسايل ولفظ الشهادة ولا يعتبر العدد في المسولين ويكفي واحد فقد حصل من هذا انه لا بد من العدد في التزكية والجرح وبه قال احمد وقال ابو حنيفه يجوز ان يكون المزكي واحد ولا يقبل الجرح الا مفسر ببيان السبب وبه قال احمد وقال ابو حنيفه لا يحتاج الى بيان السبب قال الشافعي رحمه الله ولا يقبل في التعديل حتى يقول هو عدل علي ولي وقال ابو سعيد الاصطخري يكفي قوله عدل وهو قول ابي علي الطبري وهو مذهب اهل العراق ومالك واحمد وقال اكثر اصحابنا ظاهره فان قال المزكي لا اعرف منه الا خيرا لم يكف وحكى الطحاوي عن ابن معبد عن ابي يوسف انه قال اقبل شهادته ولم يذكر خلافا فان شهد مجهول العدالة فقال المشهود عليه هو عدل ففيه وجهان احدهما انه يجوز للحاكم ان يحكم بشهادته والثاني انه لا يجوز فان ثبت عدالة الشاهد ومضى على ذلك زمان طويل ثم شهد عند الحاكم ففيه وجهان احدهما انه يحكم بشهادته والثاني وهو قول ابي اسحق انه لا يحكم حتى يعيد السوال عن عدالته وان ولي قضا بلد فهل له ان يتتبع قضا القاضي الذي قبله من غير متظلم فيه وجهان احدهما وهو اختيار الشيخ ابي حامد رحمه الله انه يجوز والثاني انه لا يجوز فان استعدي على القاضي الاول احضره اليه ولم يعد حتى يسال عن دعواه فان ادعى انه حكم عليه بشهادة فاسقين ففيه وجهان احدهما انه يحضره والثاني انه لا يحضره حتى يقيم البينة على ذلك

فان حضر وقال ما حلفت الا بشهادة جوين عدلين فالقول قوله وهل
يحلف فيه فان قال المحبوس حبستني وانا معسر او اقام البينة على ذلك
فقال المدعي ان له دارا واقام البينة على ذلك وقال المحبوس هذه
الدار لزيد ليست لي فصدقه زيد ولم يكن له بينة على ان الملك له فيها
ففيه وجهان احدهما انه يحكم بها لزيد كما لو كان له بها بينة والثاني
انها تباع في الدين وان كان قد اوصى الى رجل في تفرقة ثلثه ففرقه
وكان فاسقا وكانت الوصية لموصوفين فهل تجب عليه الغرامة فيه
وجهان احدهما انه لا يغرم كما لو كانت لمعين والثاني انه يغرم
على الحاكم ان يسوي بين الخصمين في مجلسه ولحظه واشارته فان كان
احدهما ذميا والاخر مسلما ففيه وجهان احدهما انه يسوي بينهما والثاني
انه يرفع المسلم عليه فان ادعى احد الخصمين دعوى غير صحيحة فهل للحاكم
ان يلقنه فيه وجهان احدهما وهو قول ابي سعيد الاصطخري انه
يجوز فان كتب الطالب دعواه ودفعها الى القاضي وقال قد اثبت
دعواي في هذه الرقعة وانا مطالب له بما فيها ففيه وجهان
احدهما ان القاضي لا يقبل ذلك منه حتى يذكره لفظا بلسانه او من
ينوب عنه وهو قول ابن سريج والثاني ان القاضي يجب عليه ان يقراها
على الطالب ويقول له هكذا تقول او تدعي فاذا قال نعم سال المطلوب
عن الجواب ولا يجوز ان يساله قبل قراتها على الطالب واعترافه بما تضمنه
فان توجهت اليمين على المدعى عليه فنكل عنها ردت على المدعي و

يقضى عليه بالنكول وبه قال مالك في الاموال خاصة فاما ما لا يثبت الا بشاهدين
فلا ترد عليه فيه اليمين بل يحبس حتى يقر او يحلف واختلف اصحابنا فيما
يستقر به نكوله على وجهين احدهما وهو قول ابن العباس بن
سريج انه يستقر باعلامه ولو دفعة واحدة والثاني وهو قول
اهل العراق انه لا يستقر نكوله حتى يعرض عليه ثلثا واختلفوا
بعد استقرار النكول هل يفتقر الى حكم الحاكم بنكوله على
وجهين احدهما انه لا يرد اليمين الا ان يقول للمنكر حكمت عليك بالنكول
نطقا والثاني انه يجوز ان يردها قبل الحكم وقال ابو حنيفة لا يرد اليمين على
المدعي بل يقضي بنكول المدعى عليه ويعرض اليمين عليه في جميع الدعاوي
وبه قال ابو يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة لا يعرض اليمين في النكاح والرجعة
والفيئة في الايلا ولا في الرق والاستيلاد والولا والنسب وقال مالك
واحمد لا يعرض اليمين فيما لا يثبت الا بشاهدين ذكرين وعن احمد رواية
اخرى انه يستحلف في القذف والرق والطلاق والعتق فان كان للمدعي شاهد
واحد فاختار ان يحلف المدعى عليه وان لا يحلف مع شاهده كان له ذلك فان
نكل المدعى عليه وان لا يحلف مع شاهده كان له ذلك فان نكل المدعى
عليه عن اليمين فهل يرد على المدعي فيه وجهان وقيل قولان اصحهما انها ترد
والثاني انها لا ترد فان ردت اليمين على المدعي فتوقف عنها من غير استمهال
ففي الحكم عليه بالنكول وجهان احدهما وهو قول ابي سعيد الاصطخري انه
يحكم عليه بالنكول كما حكم على المنكر بالنكول فان رام ان يحلف بعد

الحكم بنكوله لم يلتفت اليه كالمنكر وذكر في الحاوي انه اظهر انه
لا يحكم عليه وان حكم على المنكر لانه يتعلق بنكول المنكر حق لغيره واختلف
قول الشافعي رحمه الله في اليمين المردودة بعد النكول هل تجري مجرى
الاقرار او مجرى البينة على قولين اصحهما انها تجري مجرى الاقرار
والثاني انها تجري مجرى البينة فان حصل النكول في موضع لا يمكن
رد اليمين بان يدعي نزلا وارث على رجل دينا فينكر المدعى عليه وينكل
عن اليمين ومات المدعي فانه لا يمكن رد اليمين على المسلمين ففيه
وجهان قال ابو سعيد الاصطخري يقضي هاهنا بالنكول والمذهب
انه لا يقضي بالنكول وانما يحبس المدعى عليه حتى يقر او يحلف
فان قال المدعي ليس لي بينة حاضرة ولا غائبة وكل بينة تشهد لي فهي كاذبة
وطلب احلاف المدعى عليه ثم اقام البينة هل يسمع فيه ثلثة اوجه اصحها
انها لا تسمع بحال والثالث انه ان كان هو الذي استوثق بها لم يسمع وان كان
قد استوثق له غيره سمعت فان شهد له شاهدان ولم يثبت عدالتهما
عند الحاكم فسال ان يحبسه الى ان يسال عن عدالتهما ففيه وجهان
احدهما وهو ظاهر انه يحبس والثاني انه لا يحبس وان شهد له شاهد واحد
فسال ان يحبس حتى يقيم شاهد الاخر ففيه قولان اصحهما انه لا يحبس
والثاني انه يحبس وقال ابو اسحق ان كان الحق مما يقضي فيه بشاهد ويمين
حبس قولا ويمين حبس قولا واحدا فان حضر رجل وادعى حقا وذكر ان له في
ديوان الحاكم حجة فوجد الحاكم في ديوانه تحت ختمه ما ذكر من حجته ولم

يذكر انه حكم به توقف فيه وبه قال ابو حنيفة واحمد في احدى الروايتين وهو
قول محمد وقال ابن ابي ليلى وابو يوسف يجوز ان يحكم بذلك وسلما ان
الشاهد لا يشهد بخطه وهو الرواية الاخرى عن احمد وان علم الحاكم حقا
لادمي فهل يجوز ان يحكم بعلمه فيه قولان اصحهما انه يجوز ان يقضي بعلمه وهو
اختيار المزني والثاني انه لا يجوز وان كان الحق لله تعالى ففيه طريقان احدهما
انه على القولين وهو قول ابي العباس وابي علي بن ابي هريرة والثاني وهو
قول اكثر اصحابنا انه لا يجوز ان يحكم فيه بعلمه قولا واحدا وقال ابو حنيفة
ان كان قد استفاد العلم به في زمن الولاية وبلد الولاية جاز ان يحكم به وان كان
قد استفاده قبل الولاية او في غير بلد الولاية لم يجز ان يحكم به فان شهد شاهدان
عند الحاكم خلافه لم يجز ان يحكم بعلمه وهل يجوز ان يحكم بشهادة
الشاهدين فيه وجهان احدهما انه يحكم بها والثاني وهو الاصح انه لا يجوز
له ان يحكم بالشهادة فاما شهادة المتوسمين وهو ان يحضر مسافران فيشهدان
عند الحاكم وهو لا يعرفهما وليس هناك من يعرفهما فانه لا يحكم بهما
وحكي عن مالك انه قال اذا راى فيهما سيما الخير حكم بشهادتهما وهل يجوز
ان يكون القاضي اميا لا يكتب فيه وجهان احدهما انه يجوز والثاني لا يجوز
فان بدا الحاكم بسوال المدعى عليه بعد الدعوى وقبل سوال المدعي اياه ذلك
فهل يجوز فيه وجهان احدهما انه لا يجوز والثاني يجوز وعلى هذين
الوجهين اذا حكم بالبينة قبل سوال المحكوم له الحكم بها واذا حكم عليه بالبينة
لم يحلف الخصم مع البينة وقال ابن ابي ليلى لا احكم بالبينة حتى يحلف معها

معها كما لا نحكم على الغايب فان سال احلاف المدعى عليه فحلفه ثم اقام البينة
حكم بها وسقط حكم اليمين وبه قال ابو حنيفه واكثر الفقها وقال
ابن ابي ليلى ومالك وابو عبيد واسحق وداود لا يسمع البينة بعد اليمين
هذا اذا قال لي بينة غايبة فان قال لي بينة حاضرة ولكني اسال احلافه
فهل تخلف فيه وجهان احدهما وهو قول ابي حنيفه انه لا يجوز والثاني
وهو قول ابي يوسف والاظهر انه يجوز فان تحاكم اليه من لا يعرف لغته
افتقر في الترجمة الى عدلين وبه قال مالك واحمد وقال ابو حنيفه يكفي
مترجم واحد وان ادعى على غايب حقا واقام عليه بينة سمعها وحكم
بها وقال ابو حنيفه واصحابه والثوري لا يجوز الحكم على الغايب ما لم
يكن خصم حاضر وحكى في الحاوي عن مالك انه يجوز الحكم على الغايب
فيما ينقل دونها لا ينقل ولا نحكم على الغايب الا بعد احلاف الخصم
انه لم يقبض حقه ولا شيا منه ولا ابرا عنه ولا عن شي منه وقال
الكرابيسي يطالب القاضي المحكوم له بكفيل اذا استعدى رجل على رجل
في البلد لزم الحاكم ان يعديه عليه سوا علم ان بينهما معاملة او لم يعلم وبه
قال ابو حنيفه وقال جمهور اصحابنا وهو قول اكثر الفقها انه لا يجب
المطالبة الا بكفيل وهو احدى الروايتين عن احمد وقال مالك لا يعدى
عليه الا ان يعلم ان بينهما معاملة وهو الرواية الاخرى عن احمد وروي عن علي
رضي الله عنه فان عاد العون وادعى انه امتنع قبل قوله وان اخبره
المستعدي لم يقبل قوله الا بشاهدي عدل وقال ابو حنيفه يقبل في ذلك

شهادة شاهدين وان لم يعرف عدالتهما فان استعدى على غايب في موضع
ليس فيه حاكم ولا نايب عنه لم يحضره حتى يحرر دعواه ويذكرها فاذا
ذكرها بعث فاحضره قربت المسافة او بعدت وقال ابو يوسف ان
كان على مسافة يمكنه ان يحضر ثم يعود الى موضعه احضره وان كان لا يمكنه
العود الى موضعه لم يحضره وانفذ من يحكم بينهما هناك وحكي عن
بعض الناس انه قال ان كان على مسافة لا تقصر فيها الصلاة احضره وان كان على
مسافة تقصر فيها الصلوة لم يحضره وان ادعى على خصم حاضر في البلد غير
مستتر واقام البينة عليه فهل يجوز للحاكم ان يحكم عليه من غير احضاره
وفيه وجهان اصحهما انه لا يسمع الدعوى والبينة عليه حتى يحضر
والثاني ان البينة تسمع ويحكم عليه بها وان لم يحضره ويجوز ان يكتب
القاضي الى القاضي فيما حكم به لينفذه قربت المسافة او بعدت وفيما ثبت عنده
من الشهادة ليحكم به في المسافة البعيدة وهل يجوز في المسافة
القريبة ذكر الشيخ ابو حامد انه يقول في كتابه شهد عندي
فلان بن فلان ولا يقبله المكتوب اليه في المسافة القريبة وحكي
عن الطحاوي عن ابي حنيفه واصحابه انه قال يجوز للمكتوب اليه ان يقبله
وقال بعض المتاخرين من اصحابه هذا مذهب ابي يوسف ومحمد
والذي يقتضيه مذهب ابي حنيفه انه لا يجوز كالشهادة على الشهادة
فان كتب الحاكم بما سمع من الشهادة على الغايب بالحق وذكر

ثبوت ذلك عنده فانه يجوز ذلك وهل يكون ذكره للثبوت حكما
فيه وجهان ذكرهما في الحاوي احدهما انه يكون حكما وهو قول
ابي حامد الاسفرايني والثاني انه لا يكون حكما وهو اختيار القاضي
ابي حامد المروروذي ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي الا بشهادة
شاهدين عدلين يشهدان به ولا يكفي فيه ان تعرف المكتوب
اليه خط الكاتب وختمه ولا يقبله بذلك وحكي عن الحسن
البصري وسوار القاضي وعبيد الله بن الحسن العنبري انهم قالوا اذا
كان يعرف خطه وختمه قبله وحكاه الشيخ الامام ابو اسحق في المهذب
عن ابي ثور وابي سعيد الاصطخري من اصحابنا وهو قول ابي يوسف
واحد الروايتين عن مالك وكيفية التحمل ان يسند الى رجلين عدلين
يخرجان الى ذلك البلد فيقرا عليهما الكتاب او يقراه غيره
عليهما والاحوط ان ينظرا معه فيما يقراه فاذا قراه عليهما قال هذا
كتابي الى فلان وقبضا الكتاب فاذا وصلا اليه قال هذا
كتاب فلان اليك اشهدنا على نفسه بما فيه فان كان حاكم له بالبينة
فهل يلزمه ذكر البينة في كتابه وجهان احدهما انه لا يجب
ذكره كما لا يجب ذكر الاقرار اذا ثبت الحق به والثاني انه يلزمه
ذكر الحكم بالبينة والقاضي بالخيار بين ان يسمي الشهود
وبين ان لا يسميهم اذا وصفهم بالعدالة وان لم يصفهم بالعدالة فهل
يكون ذكره لهم تعديلا لهم فيه وجهان فان اخرج الكتاب اليهما

وختمه وقال هذا كتابي قد اشهدتكما على نفسي بما فيه لم يصح التحمل
بذلك وبه قال ابو حنيفة وقال ابو يوسف اذا ختمه بختمه وعنوانه
جاز ان يتحمل الشهادة عليه مدرجا ويشهدان عنده ان هذا كتاب
فلان فان مات القاضي الكاتب او عزل بعدما اشهد على نفسه بما كتبه
فان المكتوب اليه يلزمه العمل به وبه قال احمد وقال ابو حنيفة
لا يعمل به وقال ابو يوسف ان مات قبل خروجه من يده لم يعمل به فان
مات بعد خروجه من يده عمل به المكتوب اليه وتثبت حقوق الادميين
بكتاب قاضي الى قاضي وتثبت به في حدود الله قولان وقال ابو
حنيفة لا تثبت العقوبات بكتاب القاضي الى القاضي وان كانت لادمي
وان كان كتاب القاضي بثبوت ملك بالبينة في عين غائبة ينقل
من عبد او دابة في يد المطلوب منه وحلاها الشهود بحلية ونعت
باسمه وجنسه وصفته ففي الحكم بهذه البينة قولان احدهما وهو
المنصوص عليه وحكاه الشافعي عن ابي حنيفة ومحمد واختاره انه
لا يجوز الحكم بها فيما ينقل من الاعيان الغائبة حتى تشير الشهود
اليها وهو اصح القولين والقول الثاني انه يجوز فاذا قلنا بالاول
ففي جواز سماعها والمكاتبة بها قولان احدهما انه لا يسمعها وان قلنا يجوز
الحكم بها فاذا وصل الكتاب الى القاضي المكتوب اليه فاحضر العبد
وصاحب اليد وقال هذا العبد هو المنعوت بهذه الصفة فان
انكر ان يكون هو فقد اختلف القائلون بهذا القول في الحكم

على قولين احدهما وحكاه الشافعي عن ابن ابي ليلى وهو قول ابي يوسف
انه يختم في عنق العبد ويسلم الى الطالب مضمونا عليه ليحمله الى الشهود
ليردوه فان كان مكان العبد امة فاختلف من قال بهذا القول في تسليمها
اليه فمنع ابو يوسف من تسليمها اليه فمنع ابو يوسف من تسليمها اليه
وابن ابي ليلى سوى بين العبد والامة في التسليم اليه غير انه اوجب
تسليم الامة ان تضم الى امين ثقة والقول الاخر على مذهب القائلين
بجواز الحكم حكاه الشافعي عن بعض الحكام ان ينادي القاضي على
العبد فاذا انتهى ثمنه قال لمدعيه ادفع ثمنه يكون موضوعا على يد
عدل وخذ العبد معك فان عينه شهودك حكم به القاضي لك
وكتب برد الثمن عليك وان لم يعينوه لك لزمك رده واخذ ما غرم
من الثمن قال القاضي ابو الحسن وقال الماوردي والاصح عندي من
هذا كله ان يحكم الحاكم بهذا الكتاب وما تضمنه من العبد الموصوف
ويخير صاحب اليد بين ثلثة اشيا بين ان يسلمه بالصفة المشهود
بها الى طالبه وبين ان يمضي بالعبد الى القاضي الاول ليعرضه على
الشهود فان عينوه سلم الى الطالب وبين ان يعدل بالطالب الى دفع
قيمة العبد الموصوف دون قيمة العبد الذي في يده فان امتنع من جميعها
لم يسقط حق الطالب واخذ منه قيمة العبد الموصوف ولا يجبر
على تسليم العبد الذي في يده وان مات المكتوب اليه او عزل او فسق
فوصل الكتاب الى من قام مقامه فانه يحكم به وبه قال

الحسن البصري وقال ابو حنيفة لا يعمل به وهو قول البصريين من اصحابنا فان
كتب قاضي الى خليفته ثم مات او عزل فوصل الكتاب الى المكتوب
اليه فهل يعمل به ينبني ذلك على ان خليفة القاضي هل ينعزل بموت
القاضي او عزله فيه وجهان احدهما انه لا ينعزل كما لو مات الامام لا
ينعزل قضاته والثاني ينعزل وهو قول ابي اسحق وابي علي بن ابي هريرة
وابي علي الطبري وذكر الشيخ ابو نصر رحمه الله انه بني على هذا
اذا قلنا ان خليفة القاضي لا ينعزل لموته انه لا يكون له ان يعزله مع
سلامة الحال فان كتب كتابا الى حاكم واشهد على نفسه ونسي ان
يكتب اسم المكتوب اليه في العنوان فاذا حمل الكتاب جاز للحاكم
المكتوب اليه سماعه والحكم به وقال ابو حنيفة اذا لم يكتب اسمه في
باطنه فيقول هذا كتاب من فلان الى فلان لا يكفي ذكر
الاسم في العنوان فاما اذا لم يكن الكتاب مختوما فانه يجوز له قبوله اذا شهد
به الشاهدان وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة انه قال اذا انكسر
الختم لم يقبل الكتاب قال الرازي انما اراد بذلك اذا لم يحفظ الشهود
ما في باطنه فان وصل الكتاب الى المكتوب اليه واحضر الخصم المكتوب
في حقه فذكر انه ليس هو المكتوب في حقه وذكر ان هناك
من يشاركه في اسمه ونسبه وصفاته وانكر ذلك غير انه ميت فهل
يقع الاشكال بذلك فيه وجهان احدهما انه يقع الاشكال
والثاني انه يكون الحكم على الحي ولا يقع الاشكال به فان تعذر المعلوم

عليه فحكم عليه فسال الحاكم ان يكتب له كتابا بما حكم عليه به من الكتاب
الواصل في حقه فهل يلزمه ذلك فيه وجهان احدهما وهو قول
ابي سعيد الاصطخري انه يلزمه والثاني لا يلزمه ولا يلزمه ان يدفع
اليه الكتاب الذي ثبت به الحق وكل من ثبت له حق بكتاب
فكذلك لا يلزمه تسليم كتابه فان ثبت الحق عند الحاكم بالبينة
فساله المدعي ان يشهد على نفسه بما حكم به فهل يلزمه فيه وجهان
احدهما يلزمه والثاني لا يلزمه فان ساله ان يكتب له محضرا وهو ان
يكتب له كتابا يذكر فيه ما جرى او ساله ان يكتب له سجلا وهو
ان يكتب ما في المحضر في الكتاب وينفذ ذلك ويمضيه فيه وجهان
احدهما انه يلزمه اذا حضر له قرطاس والثاني لا يلزمه فاما تسمية
الشهود الذين حكم بشهادتهم في المحضر والسجل فراى اكثر
اهل العراق ان ترك تسميتهم اولى وهو احوط للمشهود له وهو قول
ابي سعيد الاصطخري وراى اكثر اهل الحجاز ان تسميتهم اولى وهو
احوط للمشهود عليه واختاره ابو العباس بن سريج فان قال القاضي
حكمت لفلان بكذا بعد ما عزل لم يقبل اقراره وهل يكون شاهدا
فيه فيه وجهان احدهما وهو قول ابي سعيد الاصطخري انه يكون
شاهدا والثاني وهو المذهب انه لا يجوز وحكم الحاكم اذا كان الباطن خلاف
الظاهر ينفذ ظاهرا ولا ينفذ باطنا وبه قال ابو يوسف ومحمد وقال
ابو حنيفه ينفذ ظاهرا وباطنا في العقود والفسوخ والطلاق

ولا ينفذ في الاموال والحدود والقصاص باطنا فان تزوج حاكم نكاحا
مختلفا فيه باجتهاده لم يبطل الا بحكم حاكم وان تزوج فقيه حلت بفتيا
فقيه وجهان احدهما انه يدفع باستفتا مجتهد والثاني وهو قول ابن
سريج انه لا يرتفع الا بحكم وكذا الوجهان فيما اذا عقداه باجتهادهما ۝

باب القسمة ۝

اذا كان في القسمة تقويم فلا بد من اثنين وان كان فيها خرص ففيه قولان
احدهما انه لا بد من خارصين والثاني انه يكفي خارص واحد ومن اصحابنا
من قال في التقويم ايضا قولان كالخرص فان استاجروا من يقسم بينهم
باجرة واحدة قسمت الاجرة عليهم على قدر املاكهم وبه قال احمد وقال
ابو حنيفه يقسم على عدد روسهم وقال ابو يوسف ومحمد القياس
تقسيطها على عدد الروس والاستحسان تقسيطها على السهام فان طلب
احدهما القسمة فالاجرة عليهما وبه قال ابو يوسف ومحمد واحمد وقال
ابو حنيفه الاجرة على طالب القسمة فان حكما رجلا ليقسم بينهما فهو مبني
على القولين في التحكيم فان قلنا يصح كان على الشرايط في القاسم من
جهة القاضي واذا قسم واقرع فهل يلزمه ذلك فيه وجهان واذا
لم يكن في القسمة رد ففيها قولان احدهما انها بيع والثاني انها فرز
النصيبين فاذا قلنا انها بيع جازت فيما يجوز فيه البيع وامتنعت فيما لا
يجوز فيه ويعتبر فيها ما يعتبر فيه من التقابض والتساوي فيما فيه
الربوا فان كان بعض الارض وقفا وارادوا القسمة وقلنا انها بيع لم يصح

وان قلنا انها تميز النصيبين جاز وان كان فيها رد من حصة اهل الطلق لم

يصح القسمة وان طلب احدهما القسمة وامتنع الاخر وكان فيها ضرر على

الممتنع دون الاخر اجبر عليها وقال ابو ثور لا يجبر وقال ابن ابي ليلى

يباع ويقسم ثمنه عليهما وفيما يعتبر دخول الضرر فيه وجهان احدهما وهو

قول ابي حنيفه وظاهر قول الشافعي رحمه الله انه نقصان المنفعه ونقصان

القيمه وهو اشبه وان كان على الطالب القسمة ضرر فالظاهر من كلامه

انه لا يجبر الاخر عليها ومن اصحابنا من قال يجبر وبه قال ابو حنيفه والاول

اصح وان بينهما عضايد متلاصقه فطلب احدهما قسمتها اعيانا وطلب الاخر قسمة

كل واحد منها ففيه وجهان احدهما انها تقسم اعيانا والثاني تقسم كل

واحد منها وان كان بين ملكيهما عرصة حايط فاراد احدهما قسمتها عرضا في كمال

الطول وامتنع الاخر ففيه وجهان اصحهما انه يجبر والثاني انه لا يجبر

وان كان بينهما حايط فاراد احدهما قسمته في نصف الطول وكمال العرض

وامتنع الاخر فهل يجبر عليه فيه وجهان احدهما انه لا يجبر وهو الاصح

والثاني انه يجبر فان كان بينهما ارض مختلفة الاجزا بعضها خراب او بعضها

ضعيف وبعضها قوي او بعضها فيه شجر وبعضها بياض ولم يكن

التعديل بينهما في الجيد والردي وامكن ان يقسم قسمة تعديل بالقيمه

بان يكون الارض ثلثين جريبا والدون عشرون جريبا وتكون عشره

اجربة من جيدها بقيمه عشرين من رديها فدعا الى ذلك احد الشريكين

وامتنع الاخر ففيه قولان احدهما انه يجبر والثاني انه يجبر فعلى

هذا في اجرة القاسم وجهان احدهما انه يجب على كل واحد منهما

نصف الاجرة والثاني انه يجب على صاحب العشرة ثلث الاجره

وعلى صاحب العشرين ثلثاها وان كان في القسمة رد مع التساوي

في الزرع بان يكون الشجر والبنا في جانب من الارض فيقسم الارض

بينهما نصفين فيجعل الشجر والبنا قيمتها فان كانت قيمته الف درهم

فيجب على من حصل له جانب الشجر والبنا الف درهم يدفعها

الى صاحبها فان تراضيا عليها جاز وقال مالك ان كان الرد فيها

قليلا جاز وان كان كثيرا ابطلت القسمة وان تنازعا وطلب كل

واحد منهما الاعلى وتراضيا بالقرعه فيه وجهان احدهما انه لا

يجوز والثاني انه يجوز تطلبا لحكم المراضاة فعلى هذا ان كان القاسم

من قبل الحاكم فلا خيار لهما بعد القرعة وان كان من قبلهما ثبت لهما

بعد القرعه الخيار وفي الخيار وجهان احدهما انه خيار عيب فيكون

على الفور والثاني انه خيار مجلس وان اقتسما ملكا ولم يكن لواحد

منهما طريق يختص بها فانهما يخرجان طريقا من ملكهما واختلف

في سعته فقال ابو حنيفه سعته بقدر ما يدخل فيه الحموله ولا يضيق

عنهما وعندنا يعتبر ما تدعوا الحاجه به في الدخول والخروج على ما

جرت العادة فان كان بينهما عبيد او ماشية او اخشاب فطلب احدهما

قسمتها اعيانا وامتنع الاخر وكانت متماثلة ففيه وجهان احدهما

وهو قول ابي اسحق وابي العباس وابي سعيد الاصطخري انه يجبر
الممتنع وهو ظاهر المذهب والثاني وهو قول ابي علي بن خيران
وابي علي بن ابي هريرة انه لا يجبر الممتنع كالدور قال الشيخ الامام ابو بكر
فان تقاسم الورثة التركة ثم ظهر دين على التركة فانه يبني على
الوجهين في بيع التركة قبل قضا الدين فان قلنا ان القسمة فرز
النصيبين لم تنقض القسمة وان قلنا انها بيع كانت على الوجهين
فان كان بينهما علو وسفل فطلب احدهما ان يقسم بينهما فيجعل السفل
لاحدهما والعلو للاخر وامتنع الاخر لم يجبر عليه وقال ابو حنيفة
يقسمه الحاكم ويجعل ذراعا من السفل بذراعين من العلو وقال
ابو يوسف ذراع بذراع وقال محمد يقسمه بالقيمة وان اختلفا
بعد القسمة في بيت وادعى كل واحد منهما انه من سهمه
ولا بينة تحالفا ونقضت القسمة وقال مالك القول قول
صاحب اليد اذا كان بينهما ارض فيها زرع مشترك بينهما واراد قسمته
وهو زرع اخضر لم ينعقد فيه الحب فقد حكى الشيخ ابو حامد انه
لا يجبر الممتنع على قسمته وذكر القاضي ابو الطيب رحمه الله انا
ان قلنا ان القسمة بيع لم تجز وان قلنا انها فرز النصيبين جاز وهذا
اصح فان استحق بعض المقسوم مشاعا كانهما اقتسما نصفين فخرج
الثلث من الجميع مستحقا فقد اختلف اصحابنا فيه فقال ابو علي بن

ابي هريرة تبطل القسمة في النصيب المستحق ويكون في الباقي القولان
في تفريق الصفقة وقال ابو اسحق تبطل القسمة قولا واحدا في الجميع
اذا كان بينهما داران فطلب احدهما ان يجعل احديهما نصيبا والاخرى
نصيبا والاخرى نصيبا وامتنع الاخر لم يجبر ولا فرق ان يكونا متجاورتين
او متفرقتين او احديهما بجنب الاخرى وبه قال ابو حنيفة الا اذا
كانت احديهما بجنب الاخرى فيجعل احديهما احد النصيبين فيجوز
وقال ابو يوسف ومحمد اذا راى الحاكم ان يجعل احد الدارين
نصيبا جاز وحكي عن مالك انه قال ان كان متجاورتين جاز وان
كانا متفرقتين لم يجز واما اذا كانت اقرحة فقد قال ابو اسحق
في الشرح اذا كانت متجاورة جرت مجرى القراح الواحد وجاز ان
يجعل قراح في نصيب وقراح في نصيب وقال غيره من اصحابنا
تجري مجرى القراح الواحد اذا كانت شربها واحدا وطريقها
واحدا فاما اذا كان لكل واحد منهما شرب منفرد وطريق منفرد
فهو كالاقرحة لا يقسم بعضها في بعض في قسمة الاجبار وهذا
شبيه واما الحيوان فان كان اجناسا لم يقسم قسمة اجبار وان كان
جنسا واحدا فانه يقسم قسمة اجبار على قول اكثر اصحابنا خلافا
لابي علي ابن خيران في الرقيق فانهم يقسمون قسمة اجبار لا يختلف
المذهب فيهم وقال ابو يوسف بين الرقيق وبين سائر الحيوان بان الرقيق
تجب تكميل الحرية فيهم وقال ابو حنيفة الرقيق لا يقسمون اجبارا

اذا كان بين اثنين او جماعة دار فرفعوا امرهم الى الحاكم وسالوه ان يقسم
بينهم ففيه طريقان من اصحابنا من قال لا يقسمها حتى يثبت ملكهم
عليها قولا واحدا وقول الشافعي رحمه الله قد قيل انه يقسمها انما
هو حكاية قول غيره ومنهم من قال فيها قولان احدهما انه لا
يقسمها حتى يثبت ملكهم والثاني انه يقسمها وهو قول
ابي يوسف ومحمد واحمد وقال ابو حنيفة ان كان غير العقار قسم وان
كان عقارا ولم ينسبوه الى ميراث قسمه وان نسبوه الى ميراث لم يقسم
اذا ادعى احد الشريكين القسمة وانكر الاخر فشهد القاسم مع اخر
فان شهادة القاسم لا تقبل وقال ابو سعيد الاصطخري ان كان بغير
اجرة قبل وقال ابو حنيفة يقبل سوا كان باجرة او بغير اجرة
فان طلب المهاياة وهو ان يجعل بعض الدار لهذا يسكنها وبعضها
للاخر وكذلك الارض في الزراعة لم يجبر الممتنع منهما عليها وقال
ابو حنيفة واصحابه ومالك يجبر الممتنع منهما فان طلب احدهما القسمة
كان له وانتقضت المهاياة فان طلب احدهما ان يسكن الدار شهرا
والاخر شهرا لم يجبر الممتنع منهما وحكي فيه وجه اخر انه
يجبر عليها واذا اتفقا على المهاياة كانت منفعته في مدة كل واحد
منهما له ويختص بكسبه فان حصل له كسب بادر فهل يدخل في
المهاياة فيه قولان وقال ابو حنيفة خاصة في العبد لا يجبر على
المهاياة

كتاب الدعوى والبينات

اذا كانت الدعوى في نكاح فقد قال الشافعي رحمه الله لا يسمع حتى يقول نكحها
بولي وشاهدي عدل ورضاها فمن اصحابنا من قال لا يشترط ذلك وانما
ذكره الشافعي رحمه الله على سبيل التاكيد والاستحباب ومنهم
من قال ذلك شرط ومنهم من قال ان كان يدعي ابتدا النكاح لزمه ذكره
وان كان يدعي استدامته لم يلزمه ذكره وان ادعت امراة على رجل
نكاحا فان ادعت معه حقا من مهر ونفقة سمعت وان لم تدع حقا
سواه ففيه وجهان احدهما انها لا تسمع لان ذلك اقرار منها والثاني تسمع
وان كان المدعى بيعا او اجارة ففيه ثلثة اوجه احدها انه لا يفتقر
الى ذكر شروط العقد والثاني انه يفتقر الى ذكر شروطه
والثالث انه ان كان في غير الجارية لم يجب ذكر شروطه وان كان في
الجارية افتقر الى ذكر شروطه فان ادعى كل واحد منهما عينا في يد
احدهما ولكل واحد منهما بينة قضي بها لصاحب اليد ومن اصحابنا من قال
لا يقضى بها لصاحب اليد الا بيمينه والمنصوص انه يقضى له ببينة من غير
يمين وقال ابو حنيفة يقضى ببينة من لا يد له الا في النتاج وما لا يتكرر
من النتاج اذا ثبت سماع البينة من كل واحد منهما فبينة الخارج مسموعة
على الاطلاق مطلقة ومضافة الى سبب واما بينة المدعى عليه فان
شهدت بالملك المقيد المضاف الى سببه سمعت وان شهدت بالملك
المطلق من غير اضافة الى سبب ففي سماعها قولان قوله القديم انها لا تسمع
وقال في الجديد يسمع ذكره في الحاوي وان كان لكل واحد منهما بينة

والعين في يدهما او في يد غيرهما فقد تعارضت البينات وفيه قولان
اصحهما انهما يسقطان والثاني انهما يستعملان وفي كيفية الاستعمال
ثلثة اقوال احدها انه يوقف الامر الى ان ينكشف او يصطلحا والثاني
انه يقسم بينهما والثالث انه يقرع بينهما فان كانت بينة احدهما
شاهدين وبينة الاخر شاهدا ويمينا ففيه وجهان احدهما انهما
يتعارضان والثاني ان الشاهدين تقدمان فان كانت العين في يد غيرهما
فشهدت البينة لاحدهما انها ملك له منذ سنة وشهدت بينة
الاخر انها ملكه من سنتين ففيه قولان احدهما انهما سوا والثاني
ان البينة التي شهدت بتقدم الملك اولى وهو الاصح وهو اختيار
المزني فان كانت العين في يد احدهما فان كانت في يد من شهدت
له البينة بالملك المتقدم حكم له وان كانت في يد الاخر ففيه
طريقان قال ابو العباس يبني على القولين في المسلة قبلها فان قلنا انهما
يتساويان قضي لصاحب اليد وان قلنا ان البينة التي شهدت بالملك
المتقدم يقدم قدمت هاهنا ايضا وهو الاصح ومن اصحابنا من قال يحكم
به لمن هو في يده قولا واحدا فاما اذا ادعى دابة واقام احدهما بينة انها
له نتجت في ملكه واقام الاخر بينة ولم يذكر النتاج فقد اختلف
اصحابنا فقال ابو العباس الحكم فيه كالحكم في الشهادة على الملك
المتقدم وفيها قولان وقال ابو اسحق يحكم لمن شهدت له البينة
بالنتاج قولا واحدا فان ادعى رجل دارا في يد رجل واقام بينة ان

هذه الدار كانت في يده امس او في ملكه امس فقد نقل المزني والربيع
انه لا يحكم بهذه الشهادة وحكى البويطي انه يحكم بها قال ابو العباس
فيها قولان احدهما انه يحكم بذلك والقول الثاني وهو الاصح انه لا يحكم
بها وقال ابو اسحق لا يحكم بها قولا واحدا فان ادعى على رجل دارا في
يده فاقر بها لغيره وصدقه المقر له فان طلب المدعي يمين المقر فهل
يحلف فيه قولان بناء على القولين فيه اذا اقر بشي لغيره ثم اقر به لاخر
هل يغرم للثاني ام لا وان كذبه المقر له ففيه وجهان احدهما
ان الحاكم ياخذها فيحفظها الى ان يظهر صاحبها وهو قول ابي العباس
والثاني وهو قول ابي اسحق انه يسلم المدعي وذكر الشيخ ابو نصر رحمه
الله وجها اخر انه يقال للمقر قد رددنا اقرارك فاما ان تدعيه لنفسك
فتصير خصما فان لم تفعل جعلناك ناكلا وحلفنا المدعي فان اقر الغايب
ولا بينة وقف الى ان يقدم الغايب فان طلب يمين المقر فهل يحلف
على القولين وان كان للمدعي بينة قضي له وهل يحتاج ان يحلف
مع البينة فيه وجهان احدهما انه يحتاج ان يحلف مع البينة والثاني
وهو قول ابي اسحق انه لا يحتاج ان يحلف فان كان مع المدعى عليه بينة
للغايب تشهد بالملك له فالمنصوص انه يحكم للمدعي ويسلم اليه ولا يحكم
ببينة المدعى عليه وحكى ابو اسحق عن بعض اصحابنا انه قال ان كان المقر
للغايب يدعي ان الدار في يده وديعة او عارية لم يسمع بينته وان كان
يدعي انها في يده باجارة سمعت بينته وقضي بها وان اقر بها لمجهول

ففيه وجهان ذكرهما ابو العباس بن سريج احدهما انه يقال له اقرارك
لمجهول لا يصح فاما ان تقر بها لمعروف او بدعيها لنفسك او نجعلك
ناكلا والثاني انه لا يصح ان يدعيها لنفسه فاما ان يقر بها لمعروف
او نجعله ناكلا فان ادعى جارية وشهدت له البينة انها بنت امته ولدتها
في ملكه فقد قال الشافعي رحمه الله حكمت بها له وذكر في الشهادة
بالملك المتقدم قولين فجعل ابو العباس هذه المسألة ايضا على قولين
وقال اكثر اصحابنا نحكم بها له قولا واحدا وفرق بين المسألتين اذا
ادعى رجل انه ابتاع دارا من فلان ونقده الثمن واقام على ذلك بينة
وادعى اخر انه ابتاعها منه ونقده الثمن وتاريخهما واحد ومطلق والدار
في يد البائع تعارضت البينتا وفيه قولان فان قلنا انهما يسقطان رجع
الى البائع فان صدق احدهما سقط وسلمت اليه وهل يحلف للاخر
على قولين وان قلنا انهما يستعملان فصدق البائع احدهما ففيه وجهان
احدهما وهو قول ابي العباس انها تجعل لمن صدقه البائع وقال
اكثر اصحابنا لا يرجح باقرار البائع وهو الاصح وتقسم بينهما في الثاني فيجعل
لكل واحد منهما نصف الدار بنصف الثمن الذي ادعى انه ابتاع به ولا
يجي الوقف فان ادعى رجل انه ابتاع هذه الدار من زيد وهو يملكها
ونقده الثمن واقام عليه بينة فان كانت في يد اجنبي او في يد احد البائعين
وقلنا بالمذهب الصحيح انه لا يرجح البينة بقول البائع تعارضت البينتان
وفيهما قولان في السقوط والاستعمال وفي كيفية الاستعمال الاقوال

اذا كان في يد رجل دار فادعى زيد انه باعها منه بالف واقام عليه بينة
وادعى عمرو انه باعها منه بالف واقام عليه البينة فان كان تاريخهما
واحدا سقطتا في احد القولين ويرجع الى من هي في يده فان اقر بها لاحدهما
لزمه الثمن وحلف الاخر قولا واحدا واقرع بينهما وقسم في القول الاخر
وان كانت البينتان مطلقتين ففيه وجهان احدهما انه يلزمه الثمنان
لانه لا يمكن صدقهما واستعمالهما والثاني انهما يتعارضان فيكون
على القولين في تعارض البينتين وان كان في يد رجل عبد فادعى رجل انه
ابتاعه منه واقام عليه بينة وادعى العبد ان مولاه اعتقه واقام عليه
بينة فقد تعارضت البينتان فان كان العبد في يد المشتري قدمنا
بينة وان كان في يد السيد وصدقه المشتري فهل يقدم بينته بقوله
على الوجهين قال ابو العباس تقدم بينته واكثر اصحابنا قالوا لا يقدم
وكذا اذا اقر بالعتق وقال المزني بينة العتق اولى فان قلنا لا يقدم
باعتراف السيد اولم يعترف فقد تعارضت البينتان ويكون على
القولين في الاستعمال او السقوط فان قلنا يقرع اقرعنا وان قلنا يقسم
عتق نصفه وكان نصفه مبيعا وهل يسري العتق اذا كان موسرا
فيه وجهان قال في الام اذا قال المولى لعبده ان قتلت فانت حر فاقام
العبد بينة واقام الورثة بينة انه مات ففيه قولان احدهما انه يتعارض
البينتان ويسقطان ويرق العبد والثاني انه يقدم بينة القاعل بالقتل
ويعتق العبد اذا كان له عبدان سالم وغانم فقال لغانم ان مت في رمضان فانت

حر وقال لسالم ان مت في شوال فانت حر ثم مات فاقام غانم البينة بالموت
في رمضان واقام البينة بالموت في شوال ففيه قولان احدهما انه يتعارض
البينتان ويسقطان ويرق العبدان والقول الثاني انه يقدم بينة
الموت في رمضان اذا اختلف المتبايعان في قدر الثمن اذا اختلف المتكاريان
في قدر الاجرة ولكل واحد منهما بينة وكانتا مطلقتين او مورختين
تاريخا واحدا او احديهما مطلقة والاخرى مورخة فهما متعارضتان
وفيهما قولان احدهما انهما يسقطان ويصير كان لا بينة فيتحالفان
والثاني انهما يستعملان فيقرع بينهما ولا يجي غيره فان ادعى رجلان
دارا هي في يد رجل كل واحد منهما ادعى نصفها فاقر الذي في يده
الدار بجميعها لاحدهما فقال المقر له لي نصفها والنصف الاخر لا اعلم
لمن هي ففيه ثلثة اوجه احدها انه يترك النصف في يد المقر والثاني
ان الحاكم ينتزعه منه ويكون عنده والثالث انه يدفع الى المدعي
الاخر وهذا البين بشي فان مات رجل وخلف ابنا مسلما وابنا نصرانيا
فادعى كل واحد منهما انه مات على دينه وانه يرثه واقام على ذلك بينة
وعرف انه كان نصرانيا فشهدت احديهما انه مات وشهدت الاخرى
انه مات واخر كلامه الكفر فهما متعارضتان فيسقطان في احد
القولين ويصير كان لا بينة فيحلف النصراني ويقضى له وان قلنا انهما
يستعملان وقلنا يقرع بينهما اقرع وان بالقسمة ففيه وجهان احدهما
انه يقسم كما يقسم في غيره والثاني انه لا يقسم وهو قول ابي اسحق

وان لم يعرف اصل دينه تعارضت البينتان سوا كانتا مطلقتين او مورختين
وفيهما قولان فان قلنا يسقطان رجع الى من في يده المال وان قلنا يستعملان
وقلنا يقرع بينهما اقرع وان قلنا يوقف الى ان ينكشف وان قلنا
يقسم قسم على المنصوص وقال ابو اسحق لا يقسم وفي المسايل
كلها يغسل ويصلى عليه وينوي ويدفن في مقابر المسلمين وبه قال
احمد وقال ابو حنيفة في جميع المسايل يقدم بينة الاسلام فان مات رجل
وخلف ابوين كافرين وابنين مسلمين فقال الابوان مات كافرا وقال
الابنان مات مسلما فقد قال ابو العباس يحتمل قولين احدهما ان القول
قول الابوين والثاني ان الميراث يوقف الى ان يصطلحا او ينكشف
الامر اذا مات رجل وله ابن حاضر وابن غايب وادعى دينا لابيه
في ذمة رجل واقام بينة من اهل الخبرة الباطنة بحاله فشهدت
بموته انه لا وارث له سواهما اخذ نصف الدين وفي النصف الاخر
وجهان احدهما ان الحاكم يقبضه للغايب ويحفظه عليه كما لو كان عينا
والثاني انه يترك في ذمته وان كان المدعى عينا فانه يسلم الى الحاضر
نصيبه ويحفظ نصيب الغايب وبه قال احمد وقال ابو حنيفة ان
كان مما لا ينقل ولا يحول سلم الى الحاضر نصيبه وترك نصيب الغايب
في يد المدعى عليه وان لم يكن البينة من اهل المعرفة الباطنة

لم يدفع اليه شي حتى يبعث الحاكم ويسال في البلاد التي سافر اليها
فان لم يظهر له وارث سواهما دفع الى الحاضر نصيبه قال الشافعي رحمه
الله في موضع ياخذ به ضمينا وقال في موضع اخر احب ان ياخذ ضمينا
فمن اصحابنا من قال فيه قولان احدهما انه يجب اخذ الضمين والثاني
انه يستحب ومنهم من قال ان كان الوارث ممن يحجب وجب وان كان ممن
لا يحجب لم يجب ومنهم من قال ان كان الوارث مامونا لم يجب وان كان
غير مامون وجب فان قال الشاهد ان لا يعرف له وارثا سوى
هذا في هذا البلد لم يدفع اليه شي وبه قال ابو يوسف ومحمد
وقال ابو حنيفه واحمد يدفع اليه اذا كان في يد عمرو شاة وادعاها زيد
فقال عمرو وهي لي حكم لي بها فلان الحاكم وسلمها الي فاقام
زيد البينة انها له قال ابو العباس ان لم يعرف كيف حكم الحاكم لعمرو بها
ففيه وجهان احدهما انه ينقض الحكم لحصول بينة زيد والثاني
وهو الاقيس انه لا ينقض لانه يحتمل ان يكون قد حكم بها لانه
يرى تقديم بينة الخارج على الداخل بحكم اجتهاده او لم تكمل
عدالة بينة الداخل فلا ينقض حكمه فان عرض كيف حكم فكان قد
قال حكمت ببينة عمرو ولانه سبق باقامتها فلا اسمع بينة بعدها
نقض حكمه لانه خلاف الاجماع فان ادعى اكراه البيت من الدار
بعشرة شهر رمضان وادعى الاخر انه اكراه جميع الدار شهر
رمضان بعشرة وتاريخهما واحد فقد تعارضت البينتان وقال

ابو العباس تقدم البينة التي شهدت بالزيادة وهو خلاف نص الشافعي
رحمه الله فان تنازعا حايطا مطلقا بين ملكيهما غير متصل ببنا
احدهما اتصال البنيان جعل بينهما وان كان لاحدهما عليه جذوع وقال
ابو حنيفه اذا كان لاحدهما عليه جذوع قدم على الاخر واختلف اصحابه
في الجذع والجذعين وان تنازع صاحب السفل وصاحب السفل وصاحب
العلو في درجة العلو وتحتها مسكن فهي بينهما وان كان تحته موضع
حب ففيه وجهان احدهما انهما يتحالفان ويجعل بينهما والثاني انه يحلف
صاحب العلو ويقضى له بها وان تنازعا في الصحن والدرجة في الدهليز
ففيه وجهان احدهما انه بينهما والثاني انه لصاحب السفل وان
تداعيا دابة واحدهما راكبها والاخر اخذ بلجامها قضي بها للراكب
مع يمينه وقال ابو اسحق هي بينهما وان كان في يده غلام بالغ عاقل فادعى انه
عبده وكذبه فالقول قوله مع يمينه انه حر وان كان طفلا صغيرا لا
يميز له فالقول قول صاحب اليد فان ادعى نسبه لم يقبل من غير
بينة وان كان الغلام من اهلها فادعى انه مملوكه فانكر ففيه
وجهان احدهما انه لا يحكم له بملكه كالبالغ والثاني يحكم له بملكه
كالصغير وان تداعى الزوجان متاع البيت ويدهما عليه ثابتة ولا بينة
كان بينهما بعد التحالف ولا فرق بين ان يكون في يدهما مشاهدة او في
يدهما الحكمية ولا فرق بين ما يصلح لكل واحد منهما وبين ما يصلح لاحدهما
وكذا حكم اختلاف ورثتهما وبه قال زفر وعثمان البتي وقال

الثوري وابن ابي ليلي واحمد الشافعي فيما يصلح للرجال كالطيالسة والعمايم
فالقول قول الرجل فيه وان كان فيما يصلح للنسا كالمقانع والوقايات
فالقول قول المراة وان كان يصلح لهما كان بينهما وقال مالك
ما يصلح لكل واحد منهما يكون له وما يصلح لهما كان للرجل سوا
كان يدهما من جهة المشاهدة او الحكم وقال ابو حنيفة ومحمد
ما كان من طريق الحكم فان كان يصلح للرجل فهو له والقول
قوله مع يمينه فيه وان كان يصلح للمراة فالقول قولها فيه وان
كان يصلح لهما فالقول فيه قول الرجل وان اختلف احدهما
وورثة الاخر كان القول قول الباقي منهما وقال ابو يوسف
القول قول المراة فيما جرت العادة انه قدر جهاز مثلها اذا كان له على
رجل دين وهو ممتنع من دفعه اليه ولا قدرة له على اخذه بالحاكم
فله ان ياخذه منه بنفسه سرا وقال ابو حنيفة ان كان من جنس حقه
لم ياخذ وان كان له عليه بينة وامكنه اخذه بالحاكم فهل يجوز
له اخذه بغير حاكم فيه وجهان اصحهما انه يجوز والثاني لا يجوز وان كان
مقرا له به ظاهرا وباطنا ولكنه لقوته وسلطانه يمنعه
حقه فظفر له بشي من ماله واخذه وقال احمد لا يجوز ان ياخذ شيا
من ماله بحال وعن مالك روايتان احديهما مثل ذلك والمشهور
عنه انه ان لم يكن لغيره عليه دين اخذ حقه وان كان لغيره عليه
دين اخذ بقدر حصته واذا اراد اخذ من غير جنس حقه فليس له

ان يتملكه وهل له ان يبيعه بنفسه فيه وجهان احدهما وهو قول
ابي سعيد الاصطخري انه يجوز له ذلك وقال ابو علي بن ابي هريرة
لا يجوز له بيعه بنفسه بل يواطي رجلا يدعي عليه الحاكم فيقر له ويقر
له بملك الشي الذي اخذه منه فيمتنع من قضايه ليبيع الحاكم الشي
الماخوذ ويدفعه اليه فان تلف في يده قبل ان يبيعه ويصرف ثمنه
في دينه ففيه وجهان احدهما لا ضمان عليه والثاني عليه الضمان

فصل في اليمين والدعاوي

اذا كانت الدعوى في دم ولم يكن للمدعي بينة وكان في قتل لا يوجب القصاص وهناك
لوث حلف المدعي خمسين يمينا وقضي له بالدية وبه قال ربيعة ومالك
والليث واحمد وابو ثور وقال ابو حنيفة اذا وجد قتيل في موضع وادعى
وليه على رجل بعينه او جماعة باعيانهم قتله كان للولي ان يختار من
الموضع خمسين رجلا فيحلفون خمسين يمينا ما قتلناه ولا علمنا قاتله
فان نقصوا عن خمسين عددا اليمين حتى يتم خمسين يمينا فاذا
حلفوا وجبت الدية على ما في الخطة فان لم يكن وجب على سكان
الموضع فان لم يحلفوا حبسوا حتى يحلفوا او يقروا له فان كان له
شاهد واحد عدل والدعوى في قتل خطا فله ان يحلف او يحلف
معه يمينا واحدة ويقضى له بالدية على العاقلة فان كانت الدعوى في
قتل يوجب القود بالقسامة قولان قوله الجديد انه لا يجب القود وقال
في القديم يجب القود على من ادعي عليه واحدا كان او جماعة وحكي

اصحابنا عن مالك انه قال تخير الولي واحدا منهم فيقتله ولا يقتل
جميعهم وحكى ان ابا العباس بن سريج خرج قولا للشافعي على قوله القديم
نحو ذلك وحكى الشيخ الامام ابو اسحق هذا الوجه على ابي اسحق المروزي
فان كان المدعي جماعة ففيه قولان احدهما ان كل واحد منهم يحلف خمسين
يمينا والثاني ان اليمين تقسط عليهم على قدر مواريثهم فان دخل اليمين
كسر جبر الكسر وذكر في الحاوي ان الدعوى اذا كانت في
نفس ناقصة الدية كالمراة والذمي ففيه وجهان احدهما انه يحلف
المدعي خمسين يمينا قلت او كثرت حتى في دية الجنين والثاني ان
الايمان تقسط على كمال الدية فيغلظ في قتل المراة بخمسة وعشرين يمينا
وفي الذمي الذي سبعة عشر يمينا وان نكل المدعي عن اليمين ردت على
المدعى عليه فيحلف خمسين يمينا فان كانت الدعوى على جماعة ففيه
قولان اصحهما هاهنا ان يحلف كل واحد منهم خمسين يمينا واصحهما
في المدعين انهم يحلفون خمسين يمينا فاما اذا لم يكن هناك لوث
فالقول قول المدعى عليه مع يمينه وهل تغلظ الايمان بالعدد فيه
قولان اصحهما انه يحلف خمسين يمينا والثاني انه يحلف يمينا واحدة وهو قول
ابي حنيفة واختيار المزني رحمه الله فان قلنا تغلظ بالعدد وكانت الدعوى
على جماعة ففيه قولان احدهما انه يحلف كل واحد منهم خمسين يمينا والثاني
انه يقسط على عددهم وينبغي للحاكم ان يقول لهم اتقوا الله ولا تحلفوا
الا بعد الاستثبات ويستوقفه ويعظه ويحذره ويقرا عليهم ان الذين

يشترون بعهد الله وايمانهم ثمنا قليلا ويعرفه ما في اليمين الكاذبة قال
اصحابنا يقول له الحاكم هذا في الدم والفروج دون الاموال وقال
اكثرهم يقول في جميع الايمان فان نكل المدعى عليه عن اليمين ردت على
المدعي وهل تغلظ بالعدد فيه قولان كالمدعى عليه فان ادعى القتل
على ثلثة وهناك لوث فحضر منهم واحد وغاب اثنان وانكر
الحاضر حلف المدعي خمسين يمينا فان حضر الثاني وانكر ففيه وجهان
احدهما انه يحلف عليه خمسين يمينا والوجه الثاني انه يحلف خمسة وعشرين
يمينا فان حضر الثالث وانكر ففيه وجهان احدهما انه يحلف عليه خمسين
يمينا والثاني انه يحلف عليه سبعة عشر يمينا فان كانت الدعوى في دم فيما
دون النفس فان قلنا لا تغلظ اليمين في جنبة المدعى عليه عند عدم اللوث
فهاهنا اولى وان قلنا تغلظ اليمين بالعدد فهاهنا قولان وان قلنا
تغلظ فان كانت الدية دون دية النفس بان قطع احدى يديه فهل تغلظ
اليمين بالعدد فيه قولان احدهما انها تغلظ بخمسين يمينا والثاني بحصته من الدية
خمسة وعشرين يمينا فيجي من مجموع ذلك خمسة اقاويل اذا كانت المدعى عليه
خمسة احدها انه يحلف كل واحد خمسين يمينا والثاني خمسة وعشرين
يمينا والثالث عشرة ايمان والرابع خمسة ايمان والخامس يمين واحدة فان كانت
الدعوى في اكثر من الدية بان كانت في قطع اليدين والرجلين فان قلنا
ان الايمان تغلظ في الدية وما دونها فهاهنا اولى وهل يكون الزيادة
في القدر موجبة لزيادة في التغليظ في الايمان فيه وجهان احدهما

انها لا توجب تغليظا بالزيادة على خمسين والثاني انه يغلظ بقدره فعلى هذا
في الديتين يغلظ بثمانية ايمان فان قال قتله هذا عمدا ولا اعلم الاخرين اقسم
على الحاضر ووقف الامر الى ان يحضر الاخران فان حضرا فاقرا بالعمد
ففي القود على الذي اقسم عليه قولان وان انكرا القتل ففيه وجهان
احدهما انه لا يحلف عليهما والثاني وهو قول ابي اسحق انه يحلف فان قال
قتله هذا ونفر معه لا اعلم عددهم فان قلنا يجب الدية لم يقسم
عليه وان قلنا يجب القود بالقسامة فهل يقسم عليه فيه وجهان وكيفية
اليمين ان يحلف بالله ان فلان بن فلان الفلاني ويشير اليه قتل فلان
بن فلان الفلاني منفردا بقتله ما شركه غيره فيه فمن اصحابنا
من قال نفي الشركة تاكيد ومنهم من قال هو شرط وفي يمين السكران
وجهان واللوث هو ان يوجد معنى يغلب على الظن معه صدق المدعي
بان يوجد قتيل في محلة اعدايه لا يخالطهم غيرهم فيها وان وجد قتيل
في زحمة فهو لوث عليهم وان وجد قتيل في ارض وهناك رجل معه
سيف مخضب بالدم وليس هناك غيره فهو لوث عليه وان اقتتلت
طايفتان فوجد قتيل في احدى الطايفتين فكانوا مختلطين او متفرقين
وبينهما قرب يصل سلاح بعضهم الى بعض فهو لوث على الاخرى فيحلف
الوالي عليهم ذكر في الحاوي في المتفرقين اذا كان يناله سلاح اعدايه وسلاح
اصحابه وجهين احدهما انه يكون لوثا على اعدايه والثاني وهو قول البصريين
انه يكون لوثا على الفريقين وذكر في المختلطين المتقاتلين وجهين كل

لوجهين قول البغداديين ان اللوث على اعدايه وقول البصريين انه على
الجميع فان شهد جماعة من النسا او العبيد وجا متفرقين على رجل
بالقتل فاتفقت اقوالهم ثبت اللوث فان جا صبيان او كفارا او فساق
متفرقين فشهدوا على رجل بالقتل فهل يكون لوثا فيه وجهان الاقيس
انه لوث وذكر الشيخ ابو نصر رحمه الله وشرط اصحابنا مجيهم متفرقين
فيه نظر لان التواطؤ لا يمنع الظن ولا يعتبر عندنا في اللوث ان
يكون به اثر وبه قال مالك واحمد واسحق وقال ابو حنيفة والثوري ان
لم يكن به اثر من جرح او غيره لم يثبت القسامة وان خرج الدم من
انفه لم يثبت القسامة وان خرج من عينه واذنه يثبت فان قال
المجروح جرحني فلان ثم مات لم يكن لوثا وحكي عن مالك والليث
انهما قالا هو لوث على من ادعى عليه وحكي عن مروان انه حكم
بذلك ويحلف ولي المقتول مسلما كان او كافرا وحكي عن مالك انه قال
اذا كان المقتول كافرا والقاتل مسلما لم يحلف وبناه على اصله في اشاطة
الدم بالقسامة وان شهد واحد انه قتل فلانا بالسيف وشهد اخر
انه قتله بالعصا لم يثبت القتل بشهادتهما وهل يكون لوثا اختلف
اصحابنا فقال ابو اسحق يكون لوثا قولا واحدا يوجب القسامة وقال
ابو الطيب بن سلمة وابو حفص بن الوكيل لا يكون لوثا قولا واحدا ومنهم
من قال في المسالة قولان فان ادعى احد الوارثين قتل موروثه على
رجل في موضع اللوث وكذبه الاخر سقط حق المكذب من القسامة

وهل يسقط في حق المدعي فيه قولان احدهما انه يسقط والقول الثاني
انه يسقط فان ادعى القتل على رجل وهناك لوث بحارجل وقال انا قتلته
ولم يقتله هذا لم يسقط حقه من القسامة على من ادعى عليه واقراره
على نفسه لا يقبل لان صاحب الدم لا يدعيه وهل له ان يرجع ويطالب
المقر بالدية فيه قولان احدهما انه ليس له ذلك والثاني له ذلك فان
ادعى على رجل قتل العمد فقيل له صف العمد ففسره بشبه العمد فقد
نقل المزني انه لا يقسم وروى الربيع انه يقسم فمن اصحابنا من قال فيه قولان
احدهما لا يقسم والثاني يقسم وتجب الدية على العاقلة ومنهم من
قال يقسم قولا واحدا وطريقة البصريين ان المسألة ليست
على قولين وانما هي على اختلاف حالين فحيث قال لا يقسم محمول
على اذا اقام على الدعوى ولم يرجع عنها الى الصفة وما نقله الربيع انه
يقسم محمول على انه رجع عن الدعوى الى الصفة لرجوعه بها عن الدعوى
وان كانت الدعوى في قتل عبد وهناك لوث ففيه طريقان
احدهما ان ذلك يبنى على ان قيمة العبد هل تحملها العاقلة وفي ذلك
قولان وقال ابو العباس يثبت للسيد القسامة قولا واحدا وان قتل
عبد وهناك لوث ووصى مولاه بقيمته لام ولده ولم يقسم السيد حتى
مات ولم يقسم الورثة فهل يقسم الورثة فهل تقسم الولد فيه قولان وان
ملك ام ولده عبدا فقتل وقلنا انها تملك بالتمليك ففيه وجهان
احدهما ان لها ان تقسم والثاني ليس لها ذلك وان قتل مسلم وهناك

لوث فلم يقسم وليه حتى ارتد لم يقسم فان اقسم صحت قسامته في وجوب
الدية وقال المزني لا يصح فان مات على الردة كانت الدية لبيت المال
وقال ابو علي بن خيران وابو حفص بن الوكيل يبنى وجوب الدية على
حكم ملكه وليس بصحيح فان توجهت اليمين في نكاح او طلاق
او حد قذف وغير ذلك مما ليس بمال ولا المقصود منه المال غلظت
اليمين فيه وان كانت في مال يبلغ عشرين مثقالا غلظت وقال
ابو حنيفة لا تغلظ اليمين في شيء من ذلك وفي التغليظ بالمكان قولان
احدهما يجب والثاني يستحب وفي التغليظ بالزمان طريقان احدهما وهو
قول الشيخ ابي حامد انه يستحب واكثر اصحابنا قالوا فيه قولان كالمكان
فان كان الحالف مجوسيا حلفه بالله الذي خلقه ورزقه وهل
يحلفه بالله الذي خلق النار والنور فيه وجهان احدهما انه يحلف
بذلك والثاني انه لا يحلف بذلك وحكي عن مالك انه قال يغلظ اليمين
فيما يقطع فيه يد السارق وهو ربع دينار وحكي عن ابن جرير
الطبري انه قال يغلظ اليمين في كل قليل وكثير واما المرأة
المخدرة وهي التي لا تخاطب الرجال ولا تحضر المواسم والاعراس فان الحاكم
يبعث اليها من يحلفها وهل يغلظ عليها بحضور المكان الشريف
فيه وجهان اظهرهما انه لا يحضرها الايمان كلها على القطع والبت الا
اليمين على نفي فعل الغير فانها تكون على نفي العلم وقال النخعي والشعبي
كلها على العلم وقال ابن ابي ليلى على القطع والبت كما يحلف على فعل

نفسه فان ادعى رجل على رجل دينا من بيع او قرض فانكر فقال ما باعني
ولا اقرضني ففي كيفية استحلافه وجهان احدهما انه يحلف على ما اجاب
والثاني انه يحلف انه لا يستحق عليه شيا من ذلك فان ادعى على رجل
الفا فذكر المدعى عليه انه قد برى اليه منها فقد صار مقرا
بها ومدعيا فيحلف المنكر للبراءة يمينا تجمع انواع البراءة فيقول
والله ما قبضتها ولا شيا منها ولا قبضها قابض بامري ولا شيا منها
ولا احلت عليه بها ولا شيا منها ولا ابراته منها ولا من شي منها وذكر
الشافعي رحمه الله في الام ولا كان مني ما برا منها ولا من شي منها
يعني من جناية عليه او اتلاف وانها باقية عليه وقت يمينه فقال
اكثر اصحابنا ان استيفا ذلك جميعه واجب ومنهم من قال يكفي ان
يقول ما برى اليه منه ولا من شي منه فان ادعى جماعة على رجل
حقا ووكلوا وكيلا يستوفي اليمين عليه فان الحاكم يحلفه لكل
واحد منهم يمينا وحكى الاصطخري ان اسمعيل بن اسحق القاضي حلف
رجلا بحق رجلين يمينا واحدة فخطاه اهل عصره فاما اذا رضي الشريكان
او الجماعة وان يحلف يمينا واحدة ففيه وجهان احدهما يجوز والثاني
لا يجوز وهو المذهب

كتاب الشهادات

الشهادة شرط في النكاح وفي الرجعة قولان وفي ساير العقود
لا يعتبر الشهادة في البيع واختلف اصحابه فمنهم من قال هو شرط في
صحته ومنهم من قال يعتبر ان يقولا اشهدناكم ومنهم من قال يكفي

حضورهم ومن تعين عليه الشهادة لم يجز له اخذ الاجرة عليه ومن لم يتعين عليه
فهل يجوز له اخذ الاجرة عليه فيه وجهان احدهما يجوز والثاني
لا يجوز وفي شهادة الاخرس اذا كانت له اشارة مفهومة وجهان
احدهما يقبل والثاني لا يقبل ولا يقبل شهادة العبد وروي
عن علي عليه السلام انه قال اقبل شهادة بعضهم على بعض ولا اقبلها
على حر وعن انس انه قال يقبل على العبيد الاحرار وبه قال
عثمان البتي واحمد واسحق وداود وحكي عن الشعبي والنخعي انهما قالا
لا تقبل الا في القليل دون الكثير ولا تقبل شهادة الصبيان وبه
قال الجماعة وحكي عن مالك انه قال يقبل في الجراح اذا كانوا
قد اجتمعوا لامر مباح قبل ان يتفرقوا وروى ذلك عن ابن الزبير وعن
احمد ايضا وعنه رواية ثالثة انه تقبل شهادتهم في كل شي ولا يقبل
شهادة الكافر وبه قال مالك وقال احمد يقبل على المسلم في الوصية
اذا لم يكن مسلم ولا يقبل شهادة بعضهم على بعض والكفر عنده
ملة واحدة وذهب ابو عبيد الى انه يقبل شهادة لاهل ملة
بعضهم على بعض ولا يقبل شهادة يهودي على نصراني على
يهودي فان قال انا مسلم وقد جهل حال اسلامه فهل يحتاج الى اختبار
حاله بالايمان بالشهادتين ففيه وجهان احدهما انه يعتبر ذلك والثاني
انه لا يعتبر وفي قبول شهادة ارباب الصنايع الدنية كالحجام والكناس
وجهان احدهما لا يقبل والثاني يقبل وحكى الشيخ ابو نصر رحمه الله في

الحجام والزبال والحايك والدباغ والحارس وجهين فاما الحايك فان
قلنا يقبل شهادة الحجام فالحايك اولى وان قلنا لا يقبل شهادة
الحجام ففي الحايك وجهان اصحهما انه يقبل ويكره اللعب
بالشطرنج ولا يحرم اذا لم يكن عوض ولم يتعدى به فرض الصلوة ولم
يتكلم عليه بسخف وقال ابو حنيفة هو محرم فان اكثر منه
ردت شهادته واللعب بالنرد حرام وترد به الشهادة وقال
ابو اسحق في الشرح هو مكروه الا انه اشد كراهة من الشطرنج
واما النبيذ فشربه لا ترد به الشهادة ما لم يسكر وان حد ومن اصحابنا
من قال ان كان يعتقد تحريمه ردت شهادته به وقال ابو حنيفة النبيذ
مباح وما كان محرما منه فلا ترد بشربه الشهادة ما لم يسكر وقال
مالك يفسق بشربه ويحد وترد شهادته والمزني رحمه الله يختار
ان لا يحد كما لا ترد شهادته واما القراءة بالالحان فقد اباحها قوم
وحظرها اخرون واختار الشافعي رحمه الله التفصيل في ذلك وانه
ان كانت الالحان لا تغير الحروف عن نظمها جاز وان غيرت الحروف
الى الزيادة فيها لم تجز ويقبل شهادة ولد الزنا والمحدود في الزنا والشرب
والقذف اذا تاب وقال مالك لا اقبل شهادة ولد الزنا في الزنا وكذلك
المحدود في الزنا وكل من حد في شي ثم تاب يقبل شهادته فيما حد فيه
ويقبل شهادة القروي على البدوي والبدوي على القروي
وقال مالك لا يقبل شهادة البدوي على القروي الا في القتل والجراح

من ومن ثبت انه شهد بالزور فسق وردت شهادته وعزر وشهر في البلد
وقال ابو حنيفة المحدود في القذف تسقط شهادته بالجلد فلا يقبل
ابدا وان تاب وعندنا تسقط بالقذف فاذا تاب قبلت شهادته ولا يقبل
شهادة الجار الى نفسه نفعا والدافع عنها ضررا فان شهد الوكيل
فيما وكل فيه ثم عزل عنه ولم يكن قد خاصم فيه فهل يقبل
دينه فيه وجهان وان شهد الغريم له وهو معسر قبل ان حجر
عليه فهل يقبل شهادته له فيه وجهان احدهما يقبل والثاني
لا يقبل وان شهد رجلان على رجل انه جرح اخاهما قبل الاندمال وهما
وارثاه لم يقبل شهادتهما له وان شهد له بمال وهو مريض ففيه
وجهان احدهما وهو قول ابي اسحق لا يقبل والثاني انها يقبل وهو قول
ابي الطيب بن سلمة فان شهد رجلان من عاقلة القاتل بفسق شهود
القتل وكانا فقيرين فقد قال الشافعي رحمه الله ردت شهادتهما
وقال في موضع اخر اذا كانا من اباعد العصبات بحيث لا يصل العقل
اليهما حتى يموت من قبلهما قبلت شهادتهما فمن اصحابنا من جعل
المسئلتين على قولين بنقل الجوابين ومنهم من قال من حملهما على ظاهرهما
وفرق بينهما اذا ادعى رجل على رجلين انهما قتلا وليه انهما قتلا وليه عمدا
فشهد المشهود عليهما على الشاهدين انهما هما اللذان قتلاه لم يقبل
شهادتهما وحكي في الحاوي في سماع الشهادة على القتل قبل الدعوى
ثلثة اوجه احدها انها تسمع قبل الدعوى اذا كان الولي طفلا او غايبا

والثاني انها تسمع قبل الدعوى اذا لم يعرف الولي شهوده ولا تسمع اذا
عرفهم والثالث وهو قول ابي اسحق وابي علي بن ابي هريرة والجمهور انها تسمع
قبل الدعوى في الدماء خاصة ولا تسمع في غير الدماء قبل الدعوى فان
شهد احدهما انه قتله غدوة وشهد الاخر انه قتله عشية فقد تكاذبا
فلا يحكم بشهادتهما ولا شهادة واحد منهما في تعيين الدعوى والمدعي
في عمد ولا خطأ ولم يجرحا ولم يفسقا وقال ابن ابي ليلى يفسقان ويجرحان
ولا يقبل شهادة الوالد للمولودين ولا شهادة المولودين للوالدين
وان علوا وقال ابو ثور والمزني يقبل وهو قول داود وحكاه ابن القاص
عن الشافعي رحمه الله في القديم ويروى عن عمر بن الخطاب وعن احمد ثلث
روايات احديهما مثل قولنا والثانية يقبل شهادة الابن لابيه
ولا يقبل شهادة الاب لابنه والثالثة يقبل شهادة كل
واحد منهما للاخر اذا لم يكن فيها تهمة كشهادته له في النكاح والطلاق
والمال اذا كان مستغنيا عنه ويقبل شهادة كل واحد منهما على الاخر
ومن اصحابنا من قال يقبل شهادته عليه في جميع الحقوق الا في
القصاص وحد القذف ومن عدا الوالدين والمولودين يقبل شهادة
بعضهم لبعض وبه قال ابو حنيفة واحمد وقال الثوري لا يقبل شهادة
كل ذي رحم محرم من النسب وقال مالك ان كان الاخ منقطعا الى
اخيه في صلته لم يقبل شهادته في الصديقين المتلاطفين احدهما
للاخر وحكي عن مالك انه قال لا يقبل فان شهد شاهدان انه قذف

ضرة امهما ففيه قولان اصحهما وهو قوله الجديد انها يقبل وقال في
القديم لا يقبل وقال في القديم لا يقبل شهادة احد الزوجين للاخر
وقال ابو حنيفة ومالك واحمد لا يقبل شهادة احدهما للاخر وقال
النخعي وابن ابي ليلى والثوري لا يقبل شهادة الزوجة لزوجها ويقبل
شهادة الزوج لها ولا يقبل شهادة الزوج على زوجته بالزنا وقال
ابو حنيفة يقبل ولا يقبل شهادة العدو على عدوه وقال ابو حنيفة
العداوة لا تمنع قبول الشهادة فان شهد على رجل في امرين وردت
شهادته في احدهما لتهمة غير العداوة بان شهد على رجل انه اقترض
من ابيه ومن اجنبي فهل ترد شهادته في حق الاجنبي فيه قولان ولو
شهد احدهما انه قذفها بالعربية وشهد الاخر انه قذفها بالفارسية
لم تتم الشهادة وكذا ان شهد احدهما انه قذفها يوم الخميس وشهد
الاخر انه قذفها يوم الجمعة وعند ابي حنيفة تتم الشهادة لان الوقت
لا يحتاج الى ذكره وحكي عن ابي سعيد الاصطخري انه قال اذا شهد احدهما
انه قال القذف الذي كان مني بالعربية وشهد الاخر انه قال القذف
الذي كان مني بالعجمية ففيه وجهان احدهما ان الشهادة لا تتم والثاني
تتم ومن ردت شهادته لمعصيته قبلت شهادته والتوبة توبتان
توبة في الباطن وتوبة في الظاهر فالتوبة في الباطن فيما بينه وبين
الله تعالى ان لم يتعلق بالمعصية ولم يظهر فيه حق ادمي فتوبته ان يندم
على ما فعل ويعزم ان لا يعود الى مثله ويبرأ من حق الادمي ان تعلق بها

حق ادمي وان تعلق بها حد الزنا فالاولي ان يستره علي نفسه والتوبه في الظاهر
التي يعود بها الولايه والشهاده فان كانت معصيه فعلا كالزني والسرقه
والشرب فتوبته ان يصلح عمله مده يحكم فيها صدقه قيل فيه سنه وقيل
سته اشهر وان كانت المعصيه قذفا فقد قال الشافعي رحمه الله
توبته اكذاب نفسه وقال ابو سعيد الاصطخري توبته ان يقول
كذبت فيما قلت ولا اعود الي مثله وقال ابو اسحق وابو علي بن ابي هريره
هو ان يقول قذفي له كان باطلا ولا يقول اني كنت كاذبا وهل
يعتبر اصلاح العمل فيه قولان احدهما يعتبر والثاني لا يعتبر وهو
الاظهر وبه قال احمد فان شهد صبي او عبد او كافر لم يقبل شهادته فان
بلغ الصبي او عتق العبد او اسلم الكافر واعاد الشهاده قبلت وان
شهد فاسق فردت شهادته ثم تاب واعادها لم يقبل وقال المزني
وابو ثور يقبل وهو قول داود وحكي عن مالك انه قال لا يقبل في
الكل فان شهد المولي لمكاتبه بمال فردت شهادته ثم ادي وعتق
فاعاد المولي الشهاده فقد قال ابو العباس فيه وجهان احدهما يقبل
والثاني لا يقبل وهو الاصح فان شهد لرجل لحوان له بجراحه لم تندمل
وهما وارثاه فردت شهادتهما ثم اندملت الجراحه واعادا الشهاده ففيه
وجهان احدهما انها يقبل والثاني لا يقبل قال الشافعي رحمه الله لا
ترد شهاده احد من اهل الاهوا الا الخطابيه لانه يشهد بعضهم
لبعض بتصديقه فمن اصحابنا من قال بهذا وقال الشيخ ابو حامد من اهل

الاهوا من تفسقه كالخوارج والروافض فلا يقبل شهادته ومن يكفره
كمن يقول بخلق القران ونفي الرويه واضافه المشيه الي نفسه وهذا
خلاف ظاهر كلام الشافعي رحمه الله وحكي عن مالك انه ترد شهاده
اهل الاهوا وقال شريك بن عبد الله لا يقبل شهاده اربعه من اهل
الاهوا الروافض الذين يزعمون ان لهم اماما ينتظر والقدريه الذين
يضيفون المشيه الينا والمرجيه والخوارج وقال احمد لا يقبل
شهاده ثلثه القدريه والجهميه والرافضه قال ابو اسحق في الشرح
من قدم عليا علي ابي بكر رضي الله عنهما في الامامه فسق وقال ابو
حنيفه لا ترد شهاده احد من اهل الاهوا

فصل

لا يقبل في الشهاده علي الزنا واللواط اقل من اربعه رجال وحكي
عن عطا وحماد بن ابي سليمان انهما قالا يثبت الزنا بثلثه رجال وامراتين
وقال ابو حنيفه يثبت اللواط بشاهدين بناء علي اصله انه لا يوجب الحد
واتيان البهيمه يبني عدد الشهود فيه علي وجوب الحد فان قلنا يجب
التعزير فيه ففيه وجهان احدهما وهو قول المزني واختيار ابي
علي بن خيران انه يثبت بشاهدين والثاني وهو الصحيح انه لا يثبت
الا باربعه ويثبت ما سوي حد الزنا من العقوبات بشهاده رجلين
وقال الحسن البصري لا يثبت القتل باقل من اربعه من الرجال وقال
عطا يقبل شهاده النسا في الحدود ايضا ذكره في الحاوي واختلف
قوله في الاقرار بالزنا فقال في احد القولين يثبت بشاهدين وقال في

الثاني لا يثبت الا باربعة فان كان المقر اعجميا ففي الترجمة وجهان احدهما
يثبت والثاني انها كالاقرار بالزنا فيكون على القولين فان شهد ثلثة
بالزنا ففيه قولان احدهما انهم قذفة وهو قول ابي حنيفة فيحدون
فعلى هذا لا يقبل شهادتهم وهل يقبل روايتهم فيه
وجهان احدهما وهو قول الشيخ ابي حامد الاسفراييني ان اخبارهم
مقبوله والثاني ذكره في الحاوي انه الاقيس انها لا يقبل والقول
الثاني انهم لا يحدون وان شهد اربعة على امراة بالزنا احدهم
الزوج ففيه وجهان احدهما وهو قول ابي اسحق وظاهر النص انه
يحد الزوج قولا واحدا وفي الثلثة قولان والثاني وهو قول ابي علي بن
ابي هريرة ان الزوج كالثلثة فان شهد اربعة بالزنا فرد الحاكم
شهادة احدهم فان كان بسبب خفي كالفسق ففيه وجهان احدهما انه
بمنزلة ما لو كان الرد بسبب ظاهر كالرق والكفر والثاني انهم
لا يحدون قولا واحدا وان شهد اربعة بالزنا فرجع واحد منهم قبل
الحكم بشهادتهم وجب على الراجع حد القذف ومن اصحابنا من قال
في حده قولان واما الثلثة فالمنصوص انه لا حد عليهم قولا واحدا ومن
اصحابنا من قال في حدهم قولان وليس بشي وان رجعوا عليهم قالوا تعمدنا
الشهادة عليه وجب عليهم الحد ومن اصحابنا من قال فيه قولان وان
شهد اربعة على امراة بالزنا وشهد اربع نسوة انها بكر لم يجب عليها
الحد ولا يجب على الشهود ما ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه

الرجال كالنكاح والطلاق والرجعة والعتاق والوكالة والوصية اليه
وقتل العمد والحدود سوى حد الزنا لا يثبت الا بشاهدين ذكرين
وقال ابو حنيفة يثبت ما سوى الحدود والقصاص بشاهد وامراتين
ولا يقبل في الموضحة على سبيل العمد الا شهادة ذكرين وفي الهاشمة
والمنقلة والمامومة قولان احدهما انها لا يثبت الا بشاهدين ذكرين
والثاني انها يثبت بشهادة رجل وامراتين ويثبت الاموال بشاهد
وامراتين وحكي في الحاوي عن مالك انها لا تثبت بشاهد وامراتين
الا عند عدم الرجلين فان كان في يد رجل جارية فادعى رجل انها ام له وان
ولدها منه واقام على ذلك شاهدا وامراتين قضي له بالجارية واذا
مات عتقت باقراره وفي ثبوت نسب الولد وحريته قولان احدهما
لا يثبت والثاني يثبت وان ادعى رجل ان العبد الذي في يد فلان كان
له وانه اعتقه وشهد له شاهد وامراتان فقد اختلف اصحابنا فيه فمنهم
من قال فيه قولان احدهما انه لا يحكم بهذه البينة والثاني يحكم له بها
ومنهم من قال يحكم بها قولا واحدا ويقبل فيما لا يطلع عليه الرجال
من الولادة والرضاع والعيوب تحت الثياب بشهادة النسا المنفردات
وقال ابو حنيفة لا يقبل في الرضاع شهادة النسا على الانفراد ولا يقبل
عندنا شهادة اقل من اربعة وبه قال عطا وقال الثوري ومالك
يقبل امراتان وقال عثمان البتي يكفي قول ثلث نسوة وقال احمد والحسن البصري

يقبل قول المرضعة وقال ابو حنيفة يقبل قول المرضعة وقال ابو حنيفة
يقبل في ولادة الزوجة قول المراة الواحدة ولا يقبل ذلك في ولادة
المطلقات ويقبل شهادة النسا المنفردات على استهلال الولد
وانه بقي سالما الى ان مات وقال الربيع فيه قول اخر انه لا يقبل الا
شهادة رجلين والصحيح هو الاول وكل حق يثبت بشاهد وامراتين
فانه يثبت بشاهد ويمين وما لا يثبت بشاهد وامراتين لا يثبت بشاهد
ويمين وبه قال مالك واحمد وقال ابو حنيفة واصحابه لا يجوز القضا بالشاهد
واليمين بحال ولا يثبت الرضاع ولا الولادة بشاهد ويمين وهل يثبت الوقف
بشاهد ويمين يبنى على القولين في ملكه فان قلنا ينتقل الى غير
مالك لم يثبت بذلك وان قلنا ينتقل الى الموقوف ثبت به وقال ابو
العباس بن سريج يثبت به قولا واحدا فان مات رجل وخلف دارا
وثلث بنين وبنات وزوجات فادعى احد البنين ان اباه وقف عليه هذه
الدار وعلى اخويه هذين دون باقي الورثة وصدقه اخواه فاذا
انقرضوا فعلى اولادهم ثم على الفقرا والمساكين وانكر بقية
الورثة الوقف فاقام المدعون شاهدا واحدا وقلنا يثبت الحق بشاهد
ويمين فحلفوا كانت الدار وقفا فاذا انقرض الثلثة دفعة واحدة انتقل
الوقف الى اولادهم وهل يكون استحقاقهم بايمانهم وبايمان ابائهم فيه وجهان
احدهما وهو قول ابي العباس بن سريج انهم لا يستحقونه الا بايمانهم مع شاهد

ابائهم والوجه الثاني انهم يستحقونه بايمان ابائهم لانه قد صار وقفا بايمانهم
فاذا انقرض الاولاد وانتهى الوقف الى المساكين فلا ايمان عليهم
على ظاهر مذهب الشافعي رحمه الله وان قيل بقول ابي العباس بن سريج
ففي استحقاق المساكين وجهان احدهما انهم يستحقون من غير يمين والثاني
انه لا حق لهم ويعود ملكه طلقا فان نكل الاخوة الثلثة عن اليمين
مع الشاهد حلف بقية الورثة وصار تركة فان بذل البطن الثاني
اليمين مع الشاهد عند نكول بطن الاول ففيه قولان احدهما انهم لا
يحلفون والقول الثاني وهو الاظهر انهم يحلفون وفي اصل هذين
القولين وجهان احدهما انهما مبنيان على اختلاف قول الشافعي رحمه
الله في الوقف اذا كان على اصل معدوم وفرع موجود هل يبطل الفرع
لبطلانه في الاصل فعلى هذا لا يحلف البطن الثاني والقول الثاني
انه لا يبطل في الفرع والوجه الثاني ان المسالة اصل بنفسها والقولان
منصوصان فيها واختلف اصحابنا في موضع القولين فقال ابو اسحق
ان كان البطن الاول باقيا لم يحلف البطن الثاني قولا واحدا وان انقرضوا
ففي احلاف البطن قولان وقال ابو علي بن ابي هريرة اذا انقرض البطن
الاول كان للبطن الثاني ان يحلفوا قولا واحدا وان كانوا باقين ففي احلاف
البطن الثاني قولان والاول اشبه الوجهين فان اقام شاهدا واحدا ولم
يحلف معه ثبتت اليمين في جنبة المدعى عليه فان نكل اليمين لم يقض للمدعي
بشاهد ونكول المدعى عليه وقال مالك يثبت حق المدعي بذلك اذا ادعى

شيهما الى رجل فاصابه ثم نفذ منه فاصاب اخر فقتله فالثاني خطا
يثبت بشاهد ويمين وفيه قول اخر انه لا يثبت للثاني شي حتى يثبت للاول
والاول اصح فان شهد له امراتان بمال لم يحلف معهما وقال مالك يحكم
بيمينه مع شاهديهما فان ادعى على شريك انه اعتقه واقام شاهدا
واحدا وسال ان يحال بينه وبين مولاه حتى يقيم شاهدا اخر ففي اجابته
الى ذلك قولان فان اقام شاهدا واحدا على مال لم يثبت الا بشاهدين
فلو سال حبس خصمه حتى يقيم شاهدا اخر على احد القولين

فصل في تحمل الشهادة وادايها

لا يجوز تحمل الشهادة وادايها الا عن علم فان كانت الشهادة على عورة كالزنا
والرضاع والولادة فهل يجوز له ان يتعمد النظر الى ذلك ليتحمله المنصوص
انه يجوز وهو قول ابي اسحق المروزي وقال ابو سعيد الاصطخري لا
يجوز ان يقصد النظر الى العورة ومن اصحابنا من قال يجوز في الزنا دون
غيره ومنهم من قال يجوز في غير الزنا ولا يجوز في الزنا واختلف في
تحمل الشهادة على من لا يعرفه ولمن لا يعرفه بالاسم والنسب فمنع
منه قوم واجازه قوم وتكلف المتقدمون باني لمن يعرفه والذي عليه
الجمهور انه يجوز ان يشهد على من لا يعرفه ولمن لا يعرفه اذا ثبت صورتهما
وتحقق اشخاصهما وان لم يرهما قبل الشهادة وان كانت الشهادة على
ما لا يعلم الا بالخبر وهي ثلثة الملك والنسب والموت فيجوز ان يشهد
فيه بالاستفاضة وفي عدد الاستفاضة وجهان احدهما وهو قول الشيخ ابي
حامد ان اقله ان يسمع من عدلين والثاني وهو قول اقضى القضاة ابي الحسن الماوردي
انه لا يثبت الا بعدد يقع العلم بخبرهم فان سمع انسانا يقر بنسب اب او
ابن فصدقه المقر له جاز ان يشهد وان سكت فله ان يشهد به ومن اصحابنا من
قال لا يشهد حتى يتكرر الاقرار منه مع السكوت فان راى شيا في يده يتصرف
فيه مدة طويلة فانه يجوز ان يشهد له باليد وهل يجوز ان يشهد له بالملك فيه
وجهان احدهما وهو قول ابي سعيد الاصطخري انه يجوز الشهادة فيه بالاستفاضة
وبه قال احمد وقال ابو اسحق لا يجوز وقال محمد يجوز في الولا وقال ابو حنيفة واصحابه
يجوز في النكاح والدخول ايضا فان شهد شاهدان ان فلان بن فلان هذا
فقد اختلف في ذلك فهل يكون الشهادة بالوكالة موجبة للشهادة
بنسبهما فذهب مالك الى ان الشهادة مقصودة على الوكالة دون النسب
نظرا الى المقصود منها وعلى مذهب الشافعي رحمه الله يكون شهادتهما
بالوكالة والنسب جميعا وتجوز شهادة الاعمى فيما طريقه الاستفاضة وفي
الترجمة ولا يجوز ان يكون شاهدا في الافعال كالقتل والغصب والزنا
والسرقة والاقوال كالبيع والاجارة اذا كان المشهود عليه خارجا عن يده
وبه قال النخعي والحسن البصري وسعيد بن جبير والثوري وابو حنيفة
واصحابه وروي عن ابن عباس رضي الله عنه انه يقبل شهادة الاعمى فيما سمعه
وبه قال الزهري وربيعه والليث وشريح وعطا وابن ابي ليلى ومالك واحمد
وهو اختيار المزني فان تحمل الشهادة وهو بصير ثم عمي وكان يعرفه باسمه
ونسبه قبلت شهادته عليه وقال ابو حنيفة يسقط شهادته بالعمى فلا يقبل

بحال فان شهد عند الحاكم وهو بصير بحق على رجل ثم عمي قبل الحكم بشهادته لم
يقدح ذلك في الشهادة وجاز الحكم وبه قال ابو يوسف وقال ابو حنيفة
لا يجوز الحكم بها وان رهن عينا عند رجل بالف ثم زاده الفا اخرى وجعل
العين رهنا بهما واشهد الشهود على نفسه ان العين رهنا بالفين
وقد علم الشهود حال الرهن في الباطن وكانوا يعتقدون جواز الزيادة
في الدين بالرهن الواحد ففيه وجهان احدهما انه يجوز ان يشهدوا بالرهن
بالفين والثاني انه لا يجوز ان يشهدوا الا بذكر ما جرى وهل يجوز للحاكم
ان يعرض الشهود في التوقف في الشهادة فيه وجهان احدهما انه
لا يجوز والثاني يجوز له ٥ **باب الشهادة على
الشهادة** ٥ تجوز الشهادة على الشهادة في حقوق الادميين
وحقوق الله التي لا يسقط بالشبهة وقال ابو حنيفة لا يثبت بها القصاص
فاما حدود الله فهل يثبت بالشهادة على الشهادة فيه قولان احدهما انه
لا يثبت وهو قول ابي حنيفة ولا تجوز شهادة شهود الفرع الا بعد تعذر
حضور شهود الاصل بالموت او المرض او الغيبة وقال الشعبي لا تسمع شهادة
شاهدي الفرع الا بموت شهود الاصل لا غير واختلف في وجوب الاشهاد
على الشهادة فقال بعض فقهاء العراق تجب ومذهب الشافعي رحمه الله انه لا
تجب على الشاهد ان يشهد على شهادته وقال القاضي ابو الحسن الماوردي
اولى المذهبين عندي ان يعتبر بالحق المشهود به فان كان مما ينتقل الى الاعقاب
كالوقف المؤبد لزمه الاشهاد على شهادته واما الحقوق المعجلة فلا يلزم فيها
قال الشيخ ابو بكر رضي الله عنه وعندي انه

لو بني هذا على وجوب الاسجال على الحاكم فيما حكم وليثبته المحضر كان انسبه واما
الغيب فقد اختلف اصحابنا في مسافتها فقال الشيخ ابو حامد ان الاعتبار
بالمشقة فاذا كان يلحقه مشقة في مجيئه الى مجلس الحكم جاز سماع شهادة
شهود الفرع وذلك قريب مما ذكره ابو يوسف فانه قال
اذا كان يمكنه ان يقيم الشهادة ثم يعود فيبيت في بيته ليومه قال القاضي
ابو الطيب رحمه الله وعندي انه ينبغي ان يعتبر مسافة السفر فان
كانت اقل من ستة عشر فرسخا لم يكن للحاكم سماع شهادة شهود
الفرع وهذا مذهب ابي حنيفة ولا تصح الشهادة على الشهادة وقال
ابو حنيفة واما الشهادة النسا فيما يدخل تقبل شهادتهن على الشهادة
فيه ولا بد من العدد في الشهادة على النسا فان شهد على احد
الشاهدين شاهد وشهد على شهادة الاخر شاهد اخر لم يثبت
الشهادة بذلك وبه قال ابو حنيفة ومالك وقال الحسن البصري وابن
ابي ليلى وابن شبرمة وعبيد الله بن الحسن العنبري وعثمان البتي واحمد
واسحق يثبت شهادة شاهدي الاصل بشهادتهما فاما اذا شهد اثنان
على شهادة احدهما ثم شهدا على شهادة الاخر ففيه قولان احدهما
ان شهادتهما يثبت بذلك وهو قول ابي حنيفة ومالك واحمد والثاني
انه لا يثبت وهو اختيار المزني وان كان شهود الاصل رجلا وامراتين
يكفي في احد القولين في اثبات شهادتهم شاهدان واحتج في الاخر

الى ستة على كل واحد منهم اثنان فان كان شهود الاصل اربع نسوة كفى
لاحد القولين شهادة رجلين في اثبات شهادتهن كلهن وفي القول الثاني
يحتاج الى ثمنية وان كان شهود الاصل اربعة من الرجال وهو في الزنا
وقلنا يقبل الشهادة على الشهادة في حدود الله فان قلنا يكفي
شاهدان في الشهادة على الشهادة في غير الزنا ففي الزنا قولان
احدهما انه يكفي شاهدان في اثبات شهادة الاربعة والثاني انه
يحتاج الى اربعة في اثبات شهادة كل واحد من الاربعة وان قلنا
في غير الزنا فيما يثبت بشاهدين انه لا يقبل الا اربعة ففي الزنا قولان
احدهما انه يحتاج الى ثمنية والثاني انه يحتاج الى ستة عشر ولا يقبل
الشهادة على الشهادة حتى يسمي شاهد الفرع شاهدي الاصل فان سماهما
وعدلاهما حكم بشهادتهما وان سمياهما ولم يعدلاهما قبل الحاكم شهادتهما
وسال عن عدالة شاهديهما شاهدي الاصل وقال الثوري وابو يوسف
ان لم يعدلا شاهدي الاصل لم يسمع بشهادتهما فاما اذا قالا نشهد
على شهادة عدلين ولم يسمياهما لم يحكم بشهادتهما وقال ابن جرير
الطبري اذا قالا نشهد على شهادة عدلين جاز وان لم يسمياهما ولا
يصح تحمل الشهادة على الشهادة الا من ثلثة اوجه احدها ان يسمع رجلا
يقول اشهد ان لفلان على فلان كذا مضافا الى سبب يوجب المال

من ثمن مبيع او مهر والثاني ان يسمعه يشهد عند الحاكم على رجل بحق
والثالث ان يسترعيه رجل فيقول اشهد ان لفلان على فلان كذا
فاشهد على شهادتي بذلك فاما اذا قال رجل في دكانه او طريقه اشهد
ان لفلان على فلان كذا ولم يقل فاشهد على شهادتي لم يشهد
لم يجز ان يشهد عليه وذكر ابن القاص وجها اخر وهو ان سمع
رجلا يشهد شاهدا اخر على شهادته يجوز له ان يشهد على شهادته
وهو صحيح ايضا وحكي عن بعض اصحابنا انه قال لا بد في الاسترعا ان
يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع اشهد على شهادتي عن شهادتي
ليكون اذنا له في التحمل والادا والاول اصح وهذا نظير اختلاف
اصحابنا في المزكي هل يحتاج ان يقول عدل علي ولي وقال ابو حنيفة
واصحابه لا يجوز ان يشهد على شهادته الا ان يسترعيه فاما اذا قال
له اشهد على فلان بكذا وقال ابو حنيفة لا يشهد على شهادته حتى
يقول اشهد على شهادتي اني اشهد وقال ابو يوسف يشهد على شهادته
وهذا اشبه لما ذكرناه من الشرائط فاما اذا سمع رجلا يقول
لفلان علي الف درهم هل يجوز ان يشهد عليه بها فيه وجهان
احدهما وهو قول ابي اسحق انه لا يجوز ان يشهد عليه حتى يسترعيه
ذلك والمنصوص عليه للشافعي رحمه الله انه يجوز ان يشهد عليه وهو
الاصح

فصل في اختلاف الشهود

اذا ادعى على رجل الفا وشهد له شاهد بالف وشهد اخر بالفين

ففيه وجهان احدهما انه يحلف مع الذي يشهد له بالالف ويستحقها والثاني
انه يثبت الالف بشهادتهما ويحلف ويستحق الالف الاخرى ولا يكون
مكذبا للشهادة فان شهد شاهد على رجل انه زنى بامراة في
زاوية في بيت وشهد اخر انه زنى بها في زاوية ثانية منه وشهد اخر انه
زنى بها في زاوية رابعة منه لم يثبت الزنا بشهادتهم وهل يجب
عليهم حد القذف على القولين وقال ابو حنيفة يجب عليه حد
الزنا استحسانا وان شهد شاهدان انه زنى بها وهي مطاوعة وشهد اخر
انه زنى بها وهي مكرهة فالمذهب انه لا حد عليه وخرج ابو العباس
في قولان وجها اخر انه يجب عليه الحد وان شهد احدهما عليه انه قذفه
بالعربية وشهد الاخر انه قذفه بالعجمية ففيه وجهان
حكاهما ابو سعيد الاصطخري فان شهد شاهد انه سرق منه
ثوبا قيمته ربع دينار وشهد اخر انه سرق منه ذلك الثوب
بعينه وقيمته ثمن دينار ثبت له ثمن دينار ولا قطع وسقط الزيادة
وبه قال احمد وقال ابو حنيفة يحكم له بالزيادة فان شهد عليه شاهد
انه طلقها بكرة وشهد اخر انه طلقها عشية لم يثبت الطلاق
وكذلك اذا شهد احدهما انه طلقها وشهد الاخر انه طلقها لم يثبت البينة
وكذلك اذا شهد احدهما انه غصبه او شجه وشهد الاخر انه اقر بذلك وكذلك
اذا شهد احدهما انه باعه يوم الخميس وشهد الاخر انه باعه يوم الجمعة

لم يتم البينة وقال ابو حنيفة واصحابه ان كانت الشهادة على الفعل مثل الشجة
والغصب لم يتم البينة وان كانت على القول مثل الطلاق والبيع تمت
البينة وان اختلف الشاهدان في الزمان او شهد احدهما بالاقرار والاخر بالعقد
الا ان يختلفا في عقد النكاح فشهد احدهما انه تزوجها يوم الخميس وشهد الاخر
انه تزوجها يوم الجمعة فلا يتم البينة اذا شهد شاهد انه اقر عنده يوم الخميس
انه طلق وشهد اخر انه اقر عنده يوم الجمعة انه طلق ثبت الطلاق وكذلك
في البيع والنكاح وغيرهما وقال زفر اذا فسق الشاهدان قبل الحكم
بشهادتهما لم يجز الحكم بشهادتهما وقال ابو ثور والمزني يحكم بشهادتهما
فاما اذا ظهر فسقهما بعد الحكم فان كان في قصاص او حد ففيه وجهان
احدهما انه لا يستوفيهما وبه قال محمد والثاني انه يستوفيهما وبه قال ابو حنيفة
في القصاص فان قتل رجل عمدا وله وارثان فشهد احدهما على الاخر انه عفا
عن القود والمال سقط القود وثبت له حصته من الدية واما نصيب المشهود
عليه فان كان الشاهد ممن يقبل شهادته عليه حلف القاتل ففي كيفية
اليمين وجهان احدهما انه يحلف لقد عفا عن المال والثاني وهو ظاهر
النص انه يحلف لقد عفا عن القود والمال جميعا وان شهد احدهما على الاخر
بالعفو عن حقه من الدية وكان بصفة تقبل شهادته لم يوثر ذلك في سقوط
القود وهل يوثر في سقوط حقه من الدية فيه وجهان مخرجان
من اختلاف القولين في موجب العمد فان قلنا موجب العمد احد الامرين اثر
في سقوط حقه من الدية مع يمين القاتل على ذلك فان شهد شاهدان

على رجل انه اعتق عبده سالما في مرض موته وقيمته ثلث ماله وشهد
اخر بصفه انه اعتق عبده غانما وقيمته ثلث ماله فان علم السابق منهما
عتق ورق الاخر وان لم يعلم السابق منهما ففيه قولان احدهما انه يقرع
بينهما والثاني انه يعتق من كل واحد منهما فان ادعى على رجلين انهما
رهناه عبدا لهما بدين له عليهما فصدقه كل واحد منهما في حق شريكه
وكذبه في حق نفسه ففيه وجهان احدهما انه لا يقبل شهادتهما
وتحلف كل واحد منهما ويصير العبد رهنا ○

باب الرجوع عن الشهادة

اذا رجع الشهود عن الشهادة قبل الحكم بها لم يجز الحكم بها وقال ابو ثور
يجوز الحكم بها وان رجعوا بعد الحكم وقبل الاستيفا لم يجز الاستيفا
فيما يسقط بالشبهة كالحدود والقصاص وان كان مما لا يسقط بالشبهة
كان للمشهود له استيفاوه وحكي عن سعيد بن المسيب والاوزاعي انهما
قالا ينقض حكمه وكذا ان كان رجوعهما بعد الاستيفا وحكى الشيخ الامام
ابو اسحق في المهذب وجها اخر لبعض اصحابنا انه بعد الحكم وقبل
الاستيفا يمنع الاستيفا برجوع الشهود وان كانت الشهادة في
قصاص استوفي وقالا تعمدنا الشهادة عليه وعلمنا انه يقتل وجب عليهما
القود وقال ابو حنيفة لا قود عليهما وعليهما الدية وحكي في الحاوي عن مالك
انه لا تجب الدية ايضا وان شهد اربعة على رجل بالزنا فرجم فقال اثنان منهم

تعمدنا نحن واخطا الاخران وقال الاخران بل تعمدنا نحن واخطا الاولان ففيه
قولان احدهما انه يجب القود على الجميع والثاني وهو الصحيح انه لا قود على واحد منهم
وتجب الدية فان كان الحد جلدا فحصل به اثر له ارش فرجعوا عن الشهادة وجب
عليهم ضمان ذلك وقال ابو حنيفة لا ضمان عليهم فيه فان رجع بعض العدد ولم يختل
البينة بان كان قد شهد خمسة على الزنا فرجع واحد
منهم انه لا يجب عليه القود وهل يجب عليه من الدية شي فيه
وجهان اصحهما انه لا يجب عليه شي وهو قول ابي حنيفة والثاني انه يجب
خمس الدية وان رجع اثنان وقالا تعمدنا كلنا وجب عليهما القود وان
قالا اخطانا وجب عليهما قسطهما من الدية وكم القدر الذي يجب عليهما
فيه وجهان احدهما انه يجب عليهما خمسا الدية والثاني انه يجب
عليهما ربع الدية وان شهد اربعة بالزنا واثنان بالاحصان فرجم ثم
رجعوا عن الشهادة فهل يجب على شهود الاحصان ضمان فيه
ثلثة اوجه احدها انه لا ضمان عليهما وهو قول ابي حنيفة والثاني انه
يجب على الجميع والثالث انهما ان شهدا بالاحصان قبل ثبوت
الزنا لم يضمنا وان شهدا بعد ثبوت الزنا ضمنا وفي قدر ما يضمنان
من الدية وجهان احدهما انهما يضمنان نصف الدية والثاني انه يجب عليهما
ثلث الدية فان انكر الاحصان وله زوجة منها ولد ثابت النسب لم
يثبت احصانه بذلك وقال ابو حنيفة يثبت احصانه فان شهد اربعة

على رجل بالزنا واشهد اثنان منهم بالاحصان ثم رجعوا عن الشهادة بعد
ما رجم فان قلنا لا ضمان على شهود الاحصان وجب الضمان عليهم ارباعا
وان قلنا يجب الضمان على شهود الاحصان ففي هذه المسألة
وجهان احدهما انه لا يجب عليهما لاجل الشهادة بالاحصان شي فيجب
الدية عليهم بالسوية والوجه الثاني انه يجب الضمان لاجل الشهادة
بالاحصان فان قلنا يجب على شاهدي فان قلنا يجب على شاهدي
الاحصان نصف الدية وعلى شهود الزنا النصف وجب على شاهدي
الاحصان هاهنا نصف الدية بسبب الشهادة بالاحصان ثم يقسم
النصف الاخر بينهم نصفين فيصير على شاهدي الاحصان ثلثة ارباع الدية
وعلى شاهدي الزنا ربع الدية وان قلنا يجب على شاهدي الاحصان
ثلث الدية وجب هاهنا عليهما ثلث الدية بشهادتهما بالاحصان
ثم يقسم الثلثان بينهم نصفين فيجب على شاهدي الاحصان ثلثا الدية
وعلى الاخرين ثلث الدية وان شهد رجلان على رجل انه طلق امراته
ثلثا وحكم بطلاقها ثم رجع عن الشهادة وكان بعد الدخول وجب مهر
المثل عليهما وقال ابو حنيفة واحمد ومالك لا يجب عليهما شي وان كان قبل
الدخول فقد نقل المزني انه يجب مهر المثل عليهما ونقل الربيع
انه يجب نصف مهر المثل فمن اصحابنا من جعل ذلك على اختلاف
حالين ومنهم من قال فيه قولان احدهما يرجع بنصفه والثاني بجميع المهر

وان شهد عليه بطلاق زوجة ثم رجعا عن الشهادة ففيه وجهان احدهما
انه يرجع بما يرجع به الثاني والثاني لا يرجع بشي وان شهد انه كاتب عبده
ثم رجعوا عن الشهادة ففيه وجهان احدهما انه يرجع عليه بما بين قيمته
عوض الكتابة والثاني انه يرجع بالقيمة فان شهدا على رجل بمال
فحكم عليه ثم رجعا عن الشهادة فالمنصوص انه لا يرجع على الشهود
وقال فيمن اقر بدار في يده انه غصبها من زيد ثم اقر انه غصبها من عمرو وسلمت
الى زيد فهل يغرم القيمة لعمرو وفيه قولان فمن اصحابنا من جعل في رجوع
الشهود ايضا قولين ومنهم من قال قولا واحدا لا يرجع على الشهود
والصحيح ان المسألة على قولين والصحيح منهما وجوب الضمان فان
شهد ثلثة بالمال فحكم بشهادتهم ثم رجع واحد منهم ففيه وجهان
احدهما انه لا يرجع عليه بشي فان شهد رجل وعشرة نسوة بالمال ثم رجعوا
عن الشهادة وجب على الرجل سدس القيمة وعلى كل امراة
نصف السدس وقال ابو العباس يجب على الرجل النصف وعلى
النسوة النصف وهو قول ابي يوسف ومحمد والصحيح هو الاول فان حكم
بشهادة شاهدين ثم اقام البينة انهما كانا فاسقين فقد قال
ابو اسحق ينقض الحكم قولا واحدا وقال ابو العباس فيه قولان والصحيح
انه ينقض اذا شهد شاهدان على رجل بنكاح امراة وشهد اخران عليه

بالدخول بها وشهد اخران عليه بالطلاق والرجل ينكر الجميع فحكم الحاكم
بذلك كله ثم رجعوا كلهم فقد قال ابن الحداد تجب على شاهدي الطلاق
نصف مهر المثل ومن اصحابنا من خطاه وقال لا تجب على شاهدي
الطلاق شي

٥ كتاب الاقرار ٥

لا يصح اقرار الصبي والمجنون وقال ابو حنيفة اذا كان الصبي عاقلا مميزا
اصح بيعه باذن وليه وصح اقراره به ايضا فان شهد على الاقرار ولم
يقبل وهو صحيح العقل فهو على الصحة حتى يعلم غيرها
ويحكم له بها وحكي في الحاوي عن ابن ابي ليلى انه لا يجوز الحكم
بشهادتهم حتى يذكروا العقل وحكم السكران في الاقرار حكمه
في الطلاق وقد سبق بيانه والمحجور عليه لسفه اذا اقر بسرقة مال
وجب عليه القطع وهل يلزمه المال فيه قولان احدهما يلزمه والثاني
لا يلزمه ويصح اقرار العبد بما يوجب الحد والقصاص ولا يقبل اقرار
المولى عليه به فان اقر بسرقة مال يوجب القطع قطع وهل يقبل
اقراره في المال فيه قولان واختلف اصحابنا في موضع القولين على
ثلث طرق احدها وهو قول ابي اسحق انه ان كان المال في يده ففيه قولان
احدهما يسلم اليه وان كان الحال تالفا لم يقبل اقراره في تعلق القيمة برقبته
قولا واحدا والطريق الثاني وهو قول القاضي ابي حامد المروروذي انه

ان كان المال تالفا ففيه قولان احدهما يتعلق برقبته والثاني انه لا يتعلق برقبته
وان كان باقيا لم يقبل اقراره قولا واحدا والطريق الثالث وهو قول
ابي علي بن ابي هريرة ان القولين في الحالين ذكر في الحاوي ان العبد
اذا وجب عليه ارش جناية تعلقت برقبته ويباع فيها وهل يتعلق
بذمته فيه وجهين احدهما ان الارش يتعلق برقبته ابدا الا بذمته
فعلى هذا لو اعتق لم يلزمه شي والوجه الثاني انه يجب في ذمته ابدا
ثم ينتقل الى الرقبة فيكون الفاضل عن قيمته في ذمته يؤديه بعد عتقه
وقال ابو حنيفة ان كان ماذونا له في التجارة قضاه مما في يده فان باع العبد من
نفسه فقد نص الشافعي رحمه الله في الام انه يجوز وقال في البويطي فيه قول
اخر انه لا يجوز واختلف اصحابنا فيه فقال ابو اسحق وابو علي بن ابي
هريرة يجوز قولا واحدا وذهب القاضي ابو حامد المروروذي والشيخ
ابو حامد الاسفرايني الى انها على قولين احدهما انه يجوز والثاني لا يجوز
فاذا قلنا يجوز وهو الصحيح فاقر المولى انه باعه من نفسه وانكر العبد عتق
باقراره وحلف العبد انه لم يشتر نفسه ولا يجب عليه الثمن وان اقر بدين
في المرض ودين في الصحة وضاق المال عن الوفا بهما قسم المال بينهما على قدرهما
وقال ابو حنيفة يقدم دين الصحة على دين المرض فان ضاق مال

المريض عن قضاء ديونه فقدم بعض غرمائه بدينه فقضاه لم يشركه الباقون
فيه وقال ابو حنيفة للباقي الغرماء مشاركته فيه بالحصة واختلف اصحابنا
في اقرار المريض للوارث فمنهم من قال فيه قولان احدهما لا يقبل وهو قول
ابي حنيفة واحمد والثاني وهو الاصح انه يقبل ومن اصحابنا من قال يقبل
قولا واحدا والقول الاخر انما حكاه عن غيره وحكي عن مالك انه قال
ان كان يتهم لم يقبل وان كان لا يتهم قبل فان اقر لاخيه بمال وهو وارثه
فلم يمت حتى حدث له ابن صح اقراره قولا واحدا وقال ابن ابي ليلى يراعي ان
يكون وارثا عند الاقرار ليكون منهما فان كان له ابن فاقر لاخيه
في مرضه فمات ابنه قبله كان في اقراره لاخيه قولان لانه صار وارثا فان
ملك اخاه ثم اقر في مرضه انه كان قد اعتقه في حال صحته وهو اقرب
عصبته بعد عتقه ورثه وان قلنا ان اقراره للوارث لا يصح لم يرث
وان قلنا يصح بعد العتق باقراره وورث بنسبه ويصح الاقرار لكل
من يثبت له الحق المقر به فان اقر العبد بنكاح او قصاص في طرف او تعزير
قذف صح الاقرار صدقه المولى او كذبه وله المطالبة به والعفو عنه وليس
للمولى المطالبة به ولا العفو عنه وان اقر له بمال وقلنا يملك صح الاقرار
وان كذبه المولى وان قلنا لا يملك كان الاقرار لمولاه يعتبر فيه تصديقه وان
اقر لحمل بمال واطلق ففيه قولان احدهما يصح وهو قول محمد بن الحسن

وهو الاصح والثاني لا يصح الا ان ينسبه الى ارث او وصية وهو قول ابي يوسف
فان اقر لمصنع او مسجد واطلق ففيه وجهان بناء على القولين وان اقر لرجل
بحمل جاريته واطلق فقد نقل المزني في جامعه الكبير انه لا يصح الاقرار
به وحكي فيه قول اخر انه يصح فان اقر بحق الله يسقط بالشبهة كحد الزنا
والشرب ثم رجع فيه قبل رجوعه وقال ابو ثور لا يقبل وما قبل فيه
الرجوع عن الاقرار يستحب للامام ان يلقن فيه الرجوع عن الاقرار ومن اقر لغيره
بمال وكذبه المقر له بطل الاقرار وما يفعل بالمال فيه وجهان
احدهما انه يؤخذ منه فيحفظ والثاني انه يقر في يده فان ادعى
رجل على رجل حقا فقال انا مقر ففيه وجهان احدهما وهو
اختيار الشيخ ابي حامد انه لا يكون اقرار والثاني انه يكون اقرار وان ادعى
عليه الفا فقال خذها او اتزنها ففيه وجهان احدهما وهو قول
ابي عبد الله الزبيري انه يكون اقرار والثاني وهو قول عامة اصحابنا
انه لا يكون اقرارا فان قال وهي صحاح فقد قال ابو عبد الله الزبيري
انه اقرار وقال عامة اصحابنا لا يكون اقرارا وان قال شهد لك فلان وفلان
فهما صادقان ففيه وجهان احدهما انه ليس باقرار والثاني وهو ابن
القاص انه اقرار وان لم يشهد وهو اختيار القاضي ابي الطيب رحمه الله وان
قال كان له علي الف ففيه وجهان احدهما يلزمه والثاني لا يلزمه
اذا قال لفلان علي شيء طولب بتفسيره فان امتنع من التفسير جعل
ناكلا ورددنا فيه على اليمين على المدعي وقضي له ومن اصحابنا من حكى فيه

قولين احدهما ما ذكرناه والثاني انه يحبس على تفسيره ذكره في الحاوي
ان الحاكم يجتهد عليه قلنا ثم من اصحابنا من قال الاعادة بشرط وقيل
هو في سجنه فان امتنع من التفسير بعد ذلك ففيه قولان احدهما
انه يجعل ناكلا ويرد اليمين على المدعي ويقضى له والثاني يحبس
حتى يفسر فان قال له علي الف اولا لم يكن اقرارا وقال
ابو حنيفة عليه الالف فان قال علي الف لزيد او عمرو ولم
يكن مقرا في احد الوجهين والثاني انه مقر فان شهد
شاهدان بمال مجهول على رجل ففيه وجهان احدهما انه يثبت
الحق عليه كما يثبت بالاقرار ثم يطالب المشهود عليه بالتفسير
والثاني انه لا يثبت وان اقر بشي وفسره بخمر او خنزير او كلب
او جلد ميتة قبل الدباغ ففيه ثلثة اوجه احدها انه يقبل والثاني
لا يقبل والثالث ان فسره بالخمر والخنزير لم يقبل وان فسره
بالكلب والسرجين وجلد الميتة قبل الدباغ قبل وقال ابو حنيفة
اذا قال له علي شي او كذا وفسره بغير المكيل والموزون
لم يقبل وان فسر الشي بحد القذف فهل يقبل فيه وجهان
احدهما يقبل والثاني لا يقبل فان قال له علي مال قبل تفسيره بما قل
او كثر وهو قول ابي حنيفة الا انه قال لا يقبل الا بالمال المزكى
وحكى بعض اصحاب مالك عنهم ثلثة اوجه احدها انه يقبل تفسيره
بالقليل والكثير والثاني انه لا يقبل منه الا اول نصاب من

نصب الزكوة من نوع اموالها والثالث انه لا يقبل الا ما يستباح به البضع
او القطع في السرقة فاما اذا قال له علي مال عظيم او كبير او جليل او
نفيس قبل في تفسيره اي قدر عشره واختلف اصحاب ابي حنيفة
فمنهم من قال لا يقبل اقل من عشرة دراهم وذكر انه مذهب ابي
حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا يقبل اقل من مائتي درهم قال
الرازي هذا مذهب ابي حنيفة واختلف اصحاب مالك فمنهم من قال
يقبل ما يقبل في المال ومنهم من قال يزيد على ذلك اقل زيادة ومنهم
من قال قدر الدية وقال الليث بن سعد لا يقبل منه اقل
من اثنين وسبعين درهما فان قال له علي دراهم الاسلام وهو ستة
دوانيق وزن كل عشرة سبعة مثاقيل فان فسره بدراهم طبرية
طبرية الشام وزنه اربع دوانيق منفصلا عن الاقرار في غير الموضع الذي
يتعامل به فيه لم يقبل وقال ابو حنيفة يقبل في الغصب والوديعه
وان قال متصلا بالاقرار له علي دراهم نقص قبل ذلك منه وحكي
عن بعض اصحابنا انه قال يكون ذلك على القولين فيه اذا قال له
على الف قضيتها وليس بصحيح وان كان في بلد يتعاملون فيه بالدراهم
الناقصة او الطائفة فانه يحمل على دراهم البلد على منصوص الشافعي
رحمه الله ومن اصحابنا من قال يلزمه الدراهم الوازنة وان قال له علي دراهم
وفسرها بسكة البلد الذي اقر فيه فالمنصوص انه يقبل وقال
المزني لا يقبل اذا اقر بدرهم في وقت ثم اقر بدرهم في وقت اخر

لزمه درهم واحد وبه قال مالك وابو يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة يلزمه
درهمان فمن اصحابه من قال يفرق بين المجلس والمجالس ومنهم من سوى
بينهما فان قال له علي درهم فدرهم لزمه درهم وان قال لامراته انت طالق
فطالق وقع طلقتان واختلف اصحابنا في ذلك فقال ابو علي بن خيران
لا فرق بين المسئلتين وجعلهما على قولين ومنهم من قال يلزمه في
الاقرار درهم وفي الطلاق يقع طلقتان وفرق بينهما وقال ابو
حنيفة اذا قال له علي درهم فدرهم يلزمه درهمان وان قال له درهم ودرهم
ودرهم لزمه ثلثة دراهم وان قال انت طالق وطالق وطالق ولم
ينو شيئا ففيه قولان احدهما انه يقع طلقتان والثاني انه يقع ثلث
طلقات فنقل ابو علي جوابه في الطلاق الى الاقرار وجعلهما على قولين
ومن اصحابنا من قال يلزمه في الاقرار ثلثة دراهم قولا واحدا وفي الطلاق
يلزمه طلقتان وان قال له علي درهم فوق درهم او تحت درهم
لزمه درهم وان قال له علي درهم قبله درهم او بعده درهم لزمه
درهمان هذا الذي نقله المزني وقال في الاقرار والمواهب يلزمه
درهم فمن اصحابنا من قال في المسايل كلها قولان ومنهم من قال
اذا قال له علي درهم فوق درهم او تحت درهم لزمه درهم واذا قال
قبل درهم او بعد درهم لزمه درهمان وقال ابو حنيفة واصحابه اذا
قال درهم فوق درهم لزمه درهمان واذا قال تحت درهم لزمه درهم
واذا قال له علي درهم بل درهم لزمه درهم وان قال درهم بل درهمان لزمه

درهمان وقال زفر وداود يلزمه ثلثة دراهم واذا قال له علي دراهم لزمه
ثلثة دراهم وحكي عن بعض الناس انه قال يقبل منه درهمان وان قال له علي
دراهم كثيرة لم يلزمه اكثر من ثلثة دراهم على اقصى الاقرار وقال
ابو حنيفة الدراهم الكثيرة اقلها عشرة وقال ابو يوسف ومحمد مايتان
واذا قال دنانير كثيرة فعلى قول ابي حنيفة عشرة وعلى قولهما عشرون
وان قال حنطة كثيرة رجع الى تفسيره في قول ابي حنيفة وحمل على خمسة
اوسق على قولهما فان قال له علي ثلثة رجع الى تفسيره باي جنس فسره قبل
وحكي في الحاوي عن محمد بن الحسن انه لا يقبل الا جنس واحد فان قال له
علي من درهم الى عشرة ففيه وجهان احدهما انه يلزمه ثمنية والثاني
انه يلزمه تسعة وحكي ذلك عن ابي حنيفة وقال محمد يلزمه عشرة وحكي
ابن القاص في المفتاح عن الشافعي انه اذا قال له علي ما بين درهم الى عشرة
انه يلزمه تسعة قال القاضي ابو الطيب رحمه الله فعلى هذا يكون
قوله مثل قول محمد بن الحسن لانه ادخل الحد في الاقرار فان قال له كذا
وكذا درهما فقد روى المزني فيه قولين احدهما يلزمه درهم والثاني
يلزمه درهمان فمن اصحابنا من قال بظاهره وقال ابو اسحق وعامة اصحابنا
اذا قال كذا وكذا درهما بالنصب لزمه درهمان وان قال كذا وكذا
درهم بالرفع لزمه درهم وحمل القولين على هذين الحالين وحكى في الحاوي
طريقة ثالثة عن ابي علي بن ابي هريرة انه قال اذا قال كذا وكذا درهما او

لزمه درهمان وان قال كذا كذي درهما لزمه درهم وحمل النصب على هذين
الحالين وذكر طريقة رابعة عن بعض المتفقهين انه يلزمه درهم اذا اراد واحدا
ولم يطلق فان قال له عندي كذي درهم بالرفع لزمه درهم وان قال بالخفض
لزمه بعض درهم كذي ذكر القاضي ابو الطيب والشيخ ابو حامد رحمه الله ذكر
في التعليق انه يلزمه درهم سوا كان رفعا او نصبا او خفضا وما ذكره القاضي
ابو الطيب رحمه الله اصح واما اذا قال كذي درهم ووقف بغير اعراب فانه يلزمه
على ما قال الشيخ ابي حامد درهم وعلى ما حكاه القاضي ابو الطيب يلزمه بعض
درهم وقال محمد بن الحسن اذا قال كذي درهما لزمه عشرون درهما واذا قال
كذي كذي درهما لزمه احد وعشرون درهما وقال ابو يوسف اذا قال له علي كذي
وكذي او كذي كذي درهما لزمه احد عشر درهما وان قال له علي الف ودرهم
ورجع في تفسيره الالف اليه وكذي اذا قال الف وثوب او الف وعبد
وبه قال مالك وقال ابو حنيفة ان عطف على العدد المبهم موزونا
او مكيلا كان تفسيرا له وان عطف عليه مذروعا او معدودا لم يكن
تفسيرا وبه قال ابو ثور فان قال له علي مائة وخمسون درهما او مائة وخمسون
وعشرة دراهم او خمسة وعشرون درهما ففيه وجهان قال ابو علي
بن خيران وابو سعيد الاصطخري لا يكون تفسيرا الا لما يليه من الجملتين وقال
اكثر اصحابنا يكون تفسيرا للجملتين وعلى الوجه الاول لو قال بعتك
هذا بخمسة وعشرين درهما لم يصح البيع والاستثنا صحيح اذا بقي من المستثنى

شيا ولا فرق بين استثنا الاقل والاكثر وحكي عن ابن درستويه النحوي انه لا يصح
الا استثنا الاقل وهو قول احمد فان قال له علي مائة درهم الا ثوبا صح الاستثنا اذا
كان قيمة الثوب دون المائة والاستثنا من غير الجنس صحيح وبه قال مالك
وقال ابو حنيفة ان استثنى مكيلا او موزونا جاز وان استثنى عبدا او ثوبا
من مكيل او موزون لم يصح وقال زفر ومحمد لا يصح الاستثنا من غير الجنس فصل
اذا قال لفلان في هذه الدار حق ثم قال هو باب او جذع او قماش او اجارة سنة
قبل قوله في ذلك كله وقال ابو حنيفة لا يقبل حتى يفسر الحق في الارض
فان قال لفلان علي الف الا امانة قبضتها قال ابو حنيفة يكون مقرا
له بالف مدعيا للقضا فلا يقبل منه دعوى القضا وهو محكي عن مذهب الشافعي
رحمه الله انه يقبل منه ويكون استثنا فان قال له علي الف الا درهما رجع
في تفسير الالف اليه فان فسرها بجنس قيمته درهم او اقل ففيه وجهان
احدهما انه يلزمه الجنس الذي فسره به ويسقط الاستثنا والثاني انه يطالب
بالتفسير بجنس يبقى منه بعد الاستثنا شي وحكي في الحاوي عن ابي حنيفة
ومحمد انه اذا قال له علي الف الا درهما كان الجميع دراهم وان قال الف الا عبدا
كان الجميع عبيدا على قول محمد اذا قال هولا العبيد لفلان الا واحدا منهم
فطولب بالتعيين فماتوا الا واحدا منهم فقال هذا الذي اردته بالاستثنا
قبل قوله في اصح الوجهين اذا اقر بمال في ظرف فقال له عندي زيت في جرة
او تمر في جراب كان اقرارا بالمطلوب دون الظرف وبه قال مالك وقال ابو حنيفة

اذا قال غصبت منه ثوبا في جراب او ثوبا في منديل كان مقرا بهما وحكي في
الحاوي انه حكي عن بعض فقهاء المدينة ان كان المقر به ذايبا لا يستغني عن ظرف
دخل الظرف في الاقرار وان كان جامدا لم يدخل فان قال غصبت منه عبدا الا ان له او
يده كان مقرا بغصب عبد في اصح الوجهين والثاني يكون مقرا بجزء منه ويرجع في
بيانه اليه ذكره في الحاوي فان قال له عندي ثوب مطرز لزمه الثوب بطرازه
ومن اصحابنا من قال ان كان الطراز مركبا على الثوب بعد النسج ففيه
وجهان احدهما انه يدخل فان قال له عندي عبد عليه ثوب كان مقرا
بهما اذا قال لفلان علي الف درهم واحضر الفا فقال هي هذه كانت
وديعة له عندي فقال المقر له هذه الالف لي وديعة عندك والالف
التي اقررت بها غيرها ففيه قولان احدهما لا يقبل والثاني انه يقبل
فان قال له علي الف في ذمتي ثم احضر الفا وقال هي هذه كانت وديعة له
عندي فان قلنا في المسالة قبلها لا يقبل فهاهنا اولي وان قلنا
هناك يقبل فهاهنا وجهان اصحهما انه لا يقبل وقال الشيخ ابو نصر
رحمه الله لم يحك في المسالة غير قول واحد انه يقبل وقال ابو حنيفة
يطالبه بالالف التي اقر بها ولا يقبل قوله انها وديعة فان قال
له علي الف درهم وهي وديعة دفعها الي بشرط الضمان ذكر في الحاوي
فيه وجهين احدهما لا يكون مضمونة عليه والثاني انها مضمونة عليه
باقراره فان قال له في هذا العبد الف درهم وقال اردت به ان العبد
مرهون عنده بالف ففيه وجهان احدهما انه لا يقبل والثاني

وهو الصحيح انه يقبل فان قال له من هذا العبد بقدر قيمته الف كان معترفا
له بجزء من العبد قدره بقيمة الف وهل يصير الاقرار مقدرا بالقيمة فيه
وجهان قال القاضي ابو الحسن الماوردي وهو الاصح عندي انه لا يصير
مقدرا به ويرجع الي بيانه والثاني يتقدر اقراره بالقيمة ذكره ابو القسم
الصيمري وان كانت قيمته الفا ذكر بعض اصحابنا انه لا يصير المقر
له مالكا لجميع العبد لان من للتبعيض وزعم ان الصحيح عندك ان يكون
مقرا له بجميع العبد فان قال له علي الف من ثمن مبيع لم اقبضه فالقول
قوله مع يمينه ولا فرق بين ان يعين المبيع وبين ان لا يعين وبه قال ابو يوسف
ومحمد وقال ابو حنيفة ان عين المبيع قبل سوا وصله باقراره او لم يصله وان
لم يعين لم يقبل وصله باقراره او اطلق وذكر في الحاوي انه اذا قال
اقرضني فلان الفا ثم قال لم اقبضها كان قوله مقبولا ولا يلزمه الالف وقال
ابو حنيفة وصاحباه لا يقبل قوله والالف لازمة اذا وصل اقراره بما
يسقط كانه اقر انه تكفل ببدن رجل او ماله على انه بالخيار او قال
لفلان علي الف من ثمن خمر او خنزير ففيه قولان احدهما انه يقبل قوله مع
يمينه وهو قول المزني وابي اسحق والثاني لا يقبل وهو قول ابي حنيفة
فان قال له علي الف درهم مؤجلة ففيه طريقان احدهما انه على القولين
والثاني يقبل قولا واحدا وقال ابو حنيفة القول قول المقر له مع يمينه
في نفي الاجل اذا قال هذه الدار لزيد لا بل لعمرو او غصبتها من زيد لا بل من عمرو
وسلمت الى زيد وهل يغرم لعمرو وفيه قولان احدهما انه لا يغرم والثاني انه يغرم

وهو الاصح وقال ابو حنيفة ان قال غصبتها من زيد لا بل من عمرو وغرم الثاني
وان قال هذه الدار لزيد لا بل لعمرو ولم يغرم شيا واختلف اصحابنا في موضع
القولين فمنهم من قال القولان فيه اذا سلم الحاكم الدار الى زيد فاذا سلم المقر
فانه يجب عليه الضمان قولا واحدا ومنهم من قال القولان في الحالين وهكذا
اذا باع عينا وقبضها وسلمها ثم اقر بها لغيره فهل يلزمه غرمها للثاني على
الماسرجسي عن ابي علي بن ابي هريرة انه يلزمه الغرم قولا واحدا ومن اصحابنا
من قال ايضا في ذلك قولان فان قال هذه الدار ملكها لعمرو وغصبتها
من زيد ففيه وجهان احدهما انها تسلم الى زيد ولا يغرم لعمرو شيا
والثاني انها تسلم الى زيد وهل يغرم لعمرو فيه قولان اذا قال له في مالي
الف درهم كان اقرار ولو قال له من مالي الف درهم كان هبة نص عليه الشافعي
رحمه الله وقال له في ميراث الف كان اقرارا ولو قال له في ميراثي عن ابي
كان هبة واختلف اصحابنا في ذلك فمنهم من قال لا فرق بين ان يقول
في ميراثي وبين ان يقول في داري ومن اصحابنا من فرق بينهما فان اقر لعبد
في يده لفلان ورد الاقرار فلان فهل يعتق العبد فيه وجهان احدهما يعتق
اذا قال كان له عندي الف درهم فمن اصحابنا من قال لا يكون اقرارا وقال
الشيخ ابو حامد يكون عندي اقرار اذا وطي امة غيره فقال السيد بعتكها
ولي عليك ثمنها وقال الواطي بل زوجتنيها ولم يكن قد اولدها فانهما يتحالفان
فان حلف الواطي انه لم يشترها لم يجب عليه الثمن وان حلف السيد انه لم يزوجه
لم يجب المهر وترجع الامة الى سيدها وعلى اي وجه ترجع فيه وجهان احدهما

انها ترجع اليه كما يرجع البائع في السلعة اذا افلس المشتري بالثمن والثاني انها ترجع
اليه رجوع مال من له عليه دين ولا يقضيه فعلى هذا يبيعها ويستوفي حقه من
ثمنها فان احبلها فالسيد يعترف انها ام ولد الواطي والولد حر فيلزمه
اقراره وهل يرجع على الواطي بشي فيه وجهان احدهما انه لا يرجع عليه بشي
والثاني انه يستحق اقل الامرين من ثمنها او صداقها فان حلف الواطي
انه لم يشترها وادعى الزوجية فهل يحلف السيد فيه وجهان احدهما
لا يحلف والثاني يحلف فان شهد رجلان بعتق عبد فردت شهادتهما
فاشترياه عتق وكان ولاؤه موقوفا فان مات العبد وخلف تركة
وليس له من يرثه فهل لهما ان يرجعا بالثمن في تركته نقل المزني انه يرجع
فيه وهو قول ابي اسحق وابي علي بن ابي هريرة واكثر اصحابنا من قال
لا يرجعان بشي في تركته وخطا المزني في نقله فان شهد شاهد على اقراره
بالف وشهد اخر على اقراره بالفين مطلقا او اضافا الى سبب واحد واضاف
احدهما واطلق الاخر ثبت الالف الواحدة وحلف على الاخرى وبه قال
مالك وقال ابو حنيفة لا يثبت شي بحال اذا ادعى على رجل الفا فشهد له
شاهد بالف وشهد له اخر بالفين فهل يكون اقتصاره على دعوى الالف
مكذبا لمن شهد له بالفين فيه وجهان اصحهما انه لا يكون مكذبا وان
اقر بنسب مجهول النسب وكان صغيرا او مجنونا ثبت النسب حيا كان او ميتا
وان كان بالغا عاقلا وهو ميت ففيه قولان اصحهما انه يثبت وقال ابو حنيفة
لا يثبت نسبه وان كان صغيرا او مجنونا وان اقر بنسب بالغ عاقل ثم رجع عن اقراره

وصدقه المقر له في الرجوع ففيه وجهان احدهما انه يسقط النسب وهو قول
ابي علي الطبري والثاني وهو قول الشيخ ابي حامد انه لا يسقط فان مات الرجل
وخلف ابنين فاقر احدهما بنسب ثالث وانكره الاخر لم يثبت نسب
الولد ولا ميراثه وبه قال ابن سيرين وقال ابو حنيفه ومالك واحمد يشاركه
المقر في نصيبه من التركه واختلفوا في كيفية المشاركة فقال
مالك وابن ابي ليلى يشاركه بثلث ما في يده كانهم ثلثه وقال ابو حنيفه
ياخذ نصف ما في يده كانهم اثنان اذا ثبت هذا فهل يلزم هذا المقر
على مذهبنا ان كان صادقا فيما بينه وبين الله ان يدفع اليه نصيبه فيه
وجهان احدهما لا يلزمه والثاني وهو الاصح انه يلزمه قال القاضي ابو
الطيب رحمه الله فيدفع اليه ثلث ما في يده كمذهب مالك وحكى الشيخ ابو
حامد في ذلك وجهين احدهما الثلث والثاني النصف قال واصل
هذين الوجهين القولان فيه اذا اقر احد الورثه بدين فهل يجب عليه تسليم
جميعه من حصته او يلزمه بقدر حصته فيه قولان وان اقر احدهما بزوجية
امراة لابيه وانكر الاخر ففيه وجهان احدهما انها لا تشاركه
بحصتها من حقه والثاني انها تشاركه فان خلف بنتا فاقرت
باخ لم يثبت النسب فان اقر معها الامام ففيه وجهان احدهما انه
يثبت والثاني لا يثبت فان مات رجل وخلف ابنين مجنونا وعاقلا فاقر
العاقل بنسب ابن اخر لم يثبت النسب فان مات المجنون ولا وارث له
ثبت نسب المقر به فان خلف الميت ابنين فاقر احدهما بابن اخر وانكره

الاخر ثم مات المنكر فهل يثبت النسب فيه وجهان احدهما يثبت والثاني لا يثبت
وان مات رجل وخلف ابنا عاقلا بالغا فاقر بابن اخر وصدقه المقر له ثبت
نسبه ثم اقرا جميعا بابن اخر ثبت نسبه فان قال الثالث ليس باخ لنا ففيه
وجهان احدهما انه لا يسقط نسبه والثاني انه يسقط وهو الاظهر والنسب
عندنا يثبت باقرار جميع الورثه واحدا كان او جماعه وبه قال ابو يوسف ومحمد
ورويناه عن ابي حنيفه وهل يعتبر اقرار الزوج او الزوجه في جملة الورثه
فيه وجهان احدهما يعتبر وهو مذهب البغداديين والثاني وهو مذهب
البصريين انه لا يعتبر وقال ابو حنيفه اذا كان الوارث واحدا لم يثبت النسب
باقراره وان كان اثنين ثبت في المشهور عنه وهو قول مالك ويثبت
برجل وامراتين من الورثه ولا يعتبر ابو حنيفه العداله وان كان الوارث
المقر ممن تحجبه المقر بنسبه كالاخ اقر بابن لاخيه فانه يثبت نسبه
ولا يرث وقال ابو العباس بن سريج يثبت نسبه ويرثه قال الشيخ ابو نصر
وهو الصحيح وحكي عن بعض الناس انه قال لا يثبت النسب بالاقرار اذا
اقر ببنوة صبي لم يكن ذلك اقرارا بزوجية امه وقال ابو حنيفه اذا كانت مشهورة
بالحريه كان ذلك اقرارا بزوجيتها اذا مات رجل ولا يعلم له وارث فجا
رجل فادعى انه وارثه فانه لا يسمع دعواه حتى يبين سبب الارث فاذا
بين سببه واقام عليه شاهدين يشهدان له بالنسب وهما من اهل الخبرة
الباطنه فقالا لا نعلم له وارثا سواه ثبت نسبه وورث وحكي عن ابن ابي ليلى
انه قال لا يثبت الارث حتى يقولا لا وارث له سواه فان قالا لا وارث سواه

وقد شيئا فان قالا انما نفيناه قطعا فقد اخطا ولا يرد شهادتهما وقال ابو حنيفه
القياس ان يرد ولكني لا اردها استحسانا وان لم يكونا من اهل الخبرة الباطنة
وشهدا انه لا وارث له سواه ولم يكن له فرض مقدر وكان ممن يحجب كالاخ
والجد والعم ففيه وجهان احدهما انه لا يدفع اليه شي وهو قول ابي اسحق
والثاني وهو المذهب انه يدفع اليه الجميع اذا كان الحاكم قد بحث عن حاله
وسال عن حال الميت في المواضع التي طرقها وهل يستحب اخذ الكفيل
او يجب فيه وجهان اذا كان لرجل امتان لكل واحدة منهما ولد ولا زوج
لواحدة منهما ولا اقر المولى بوطي واحدة منهما فقال احد هذين الولدين
ابني من امته طولب بالبيان فان مات قبل البيان وله وارث يحوز ميراثه
قام مقامه فان بين الولد وقال لا اعلم جهة الاستيلاد ففيه وجهان
قال ابو اسحق واكثرهم تكون الام رقيقه ومنهم من قال يحكم لها
بالحرية وان لم يعين الورثة النسب عرضا على القافة فان اشكل
عليهما لم يتعين النسب واما حكم الميراث قال المزني رحمه الله يوقف
ومن اصحابنا من قال لا يوقف ولا يرثان شيا واختاره القاضي ابو الطيب
رحمه الله وان كان له امة لها ثلثة اولاد فقال احد هولا ولدي وعين
الاوسط منهم وذكر انه استولدها في ملكه فهل يثبت للصغير
حرمة الاستيلاد فيه وجهان احدهما انه يثبت والثاني لا يثبت وان
عين في الاكبر وانه استولدها في ملكه فهل يلحقه الاوسط والاصغر
فيه وجهان احدهما انهما يلحقان به ويرثان والثاني لا يلحقان به فعلى

هذا هل يكونان في حكم ام الولد فيه وجهان وان عين في الاوسط فالاكبر
على الرق وفي الاصغر وجهان وان لم يبين صفة الاستيلاد ولا بين الوارث
فهل يصير ام ولد فيه وجهان احدهما يصير ام ولد اعتبارا بالظاهر
وان لم يبين ولا بين الوارث ولم يكن قافة فانه يقرع بينهم بسبب الحرية
واما الميراث فقد حكينا ان المزني قال يوقف وغيره قال لا يوقف
واختلف عن المزني فحكي عنه انه قال يدفع الى الابن المعروف
النسب النصف ويوقف النصف الاخر وحكي عنه انه قال
يدفع الى المعروف النسب الربع والى الصغير الربع ويوقف النصف
وليس بشي اذا كان له امة لها ولد فاقر بنسبه ولم يبين جهة استيلاده
وادعت الامة الحبل منه في ملكه وكذبها الوارث ففيه وجهان
احدهما ان القول قول الورثة مع يمينهم على نفي العلم والثاني ان القول
قول الامة ذكره في الحاوي اذا اقر احد الابنين بدين على ابيه
وانكر الاخ لزمه في نصيبه ما يخصه في اصح القولين والثاني يلزمه
قضا جميع الدين من حصته وهو قول ابي حنيفه رحمه الله تم الكتاب
بحمد الله ومنه وعونه ۝ والحمد لله رب العالمين وصلواته على سيدنا
محمد واله اجمعين فرغت منه في يوم الثلثاء سادس يوم من شهر شعبان
في سنة اربع عشر وستماية ۝

وكتبه العبد الفقير راجي رحمة الله تعالى

القاضي ابو المكارم بن القاضي ابو عبد الله الحسين

بن عبد الملك بن ابي جراده الحلبي ٥

غفر الله له ولوالديه ولجميع المسلمين والمسلمات

الاحيا منهم والاموات ٥

وهو شاكر لله تبارك وتعالى

على نعمه السابغة لمنه وكرمه

وحسبنا الله ونعم الوكيل

نعم المولى ونعم المصير واخر دعوانا

ان الحمد لله رب العالمين ٥